

وَسَيَايَا أَهْلِهَا أَعْلَى الْمَنَازِلِ عَالِمًا

بَيْنَ الْأَنْفَرَادِ

فِي الشَّرْعِ الْعِزِّ الْأِسْلَامِيَّةِ

وَرَأْسِ فِقْهِ مُقَارَنَةٍ



رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أُسْكُنِ الْبَيْتَ الْبَرَّ الْبَرَّ
www.moswarat.com

تَأْلِيفُ
د. عبد الباقى محمد خليف
الدِّرسُ بِطَبِيعَةِ الْأَسَانِدِ الْأِسْلَامِيَّةِ وَالْمُتَرَتِّبِ
قِسْمِ الْفِقْهِ الْمُقَارَنِ

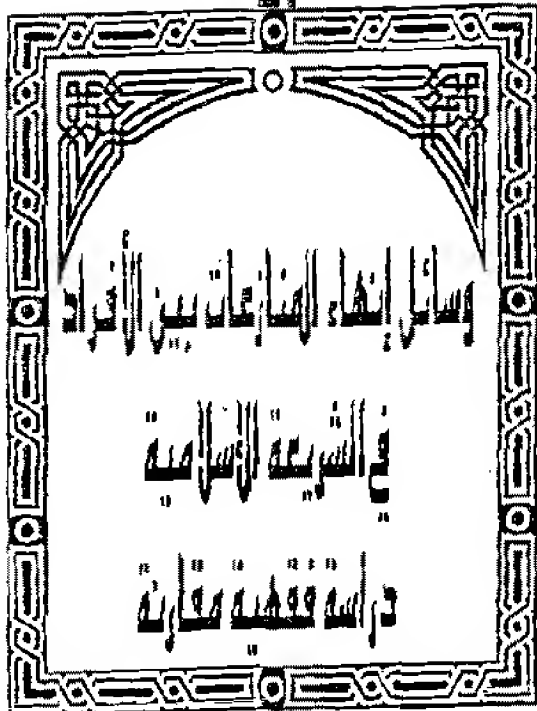
رَفَعُ

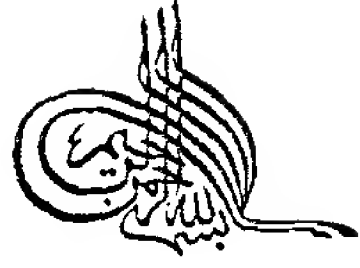
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

سلسلة الرسائل الجامعية

-٩-





دار الكتب المصرية

فهرسة أثناء النشر إعداد إدارة الشؤون الفنية



خلف، عبد الباسط محمد.
وسائل إنهاء المنازعات بين الأفراد في الشريعة
الإسلامية، دراسة فقهية مقارنة/ تأليف عبد
الباسط محمد خلف.

القاهرة، دار المحدثين

٢٠٠٨م؛ ٦٩٤ ص؛ ٢٤ سم.

سلسلة الرسائل الجامعية (٩)

تدمك ٩٧٨٩٧٧٦٣١٧٠٢٤

١- المعاملات (فقه إسلامي).

أ. العنوان

ب- السلسلة

٤١٥,١

الطبعة الأولى

١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م

رقم الإيداع

٢٠٠٨/١٦٢٧٧

الإدارة والمركز الرئيسي: ٧٦ ش جسر السويس - ميدان الألف مسكن - القاهرة
تليفون وفاكس: ٢٤٩٣١٠٧٤ (٠٠٢٠٢)
رئيس مجلس الإدارة: ٧٧٥٥٩٥١/٠١٢ (٠٠٢)
الإدارة والمبيعات: ٥٠٢٧٢١٢/٠١٢ (٠٠٢) ٧٠٤٢٥٧٠/٠١٢ (٠٠٢)
فرع الأزهر: ٣ ش الدرديري من ش المطار درب الأتراك - خلف الجامع الأزهر
البريد الإلكتروني: muhaddethin@yahoo.com



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
لِلْحَقِّ الْعَلِيِّ وَالشَّرِيعَةِ وَالنَّصْرِ

وسائل إنهاء المنازعات بين الأفراد في الشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة

تأليف

د. عبد الباسط محمد خلف

المدرس بجامعة الأزهر

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَلَا تَنَازَعُوا فَتَفْشَلُوا وَتَذْهَبَ رِجَاكُمْ^ط
وَأَصْبِرُوا إِنَّ اللَّهَ مَعَ الصَّابِرِينَ ﴾

[الأنفال: ٤٦]

﴿ يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِيَ الْأَمْرِ^ط
مِنْكُمْ فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ
تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ﴾

[النساء: ٥٩]

﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ^ط
ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾

[النساء: ٦٥]

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

إهداء

* إلى مشايخي وأساتذتي الأجلاء من استشعرت معهم جمال التلمذة وجلال الأستاذية.

* إلى من أنقضى لهما جناح الذل من الرحمة [والدي] أطال الله بقائهما.

* إلى إخواني الفضلاء وأخواتي الفضليات الذين بذلوا كل ما في وسعهم من جهد وضحوا بكل غال ونفيس من أجلي.

* إلى من شارككتني متاعب هذا البحث وتحملت من عنائي الكثير [زوجتي].

* إلى من جعلها الله لي من زينة الحياة الدنيا [ابنتي].

* إلى كل من يؤمن بأن الإسلام هو طريق النجاة للبشرية، وأنه جاء لينظم أمور الدين والدنيا معاً.

* إلى كل من يدعو إلى الله على بصيرة رافعاً لواء التوحيد، وراية الإسلام إلى هؤولاء جميعاً أهدي هذا البحث المتواضع راجياً من المولى عز وجل أن يجعله في ميزان حسناتي يوم القيامة إنه على ما يشاء قدير وهو حسبي ونعم الوكيل.

الباحث

عبد الباسط محمد خلف

شكر وتقدير

لا يفوتني أن أسجد لله شكراً على ما أولاني به من نعم، وما حباني به من كرم حتى وصل البحث إلى هذه الصورة كذلك لا يفوتني أن أتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان والتقدير للأستاذين الجليلين والعالمين الفاضلين، والأبوين الرحيمين.

صاحب الفضيلة

الأستاذ الدكتور/ محمد عبد الرحمن علي الهواري

أستاذ الفقه المقارن

ورئيس قسم الشريعة الإسلامية بالكلية

وصاحب الفضيلة

الأستاذ الدكتور/ عبد الله محمد سعيد

أستاذ الفقه المقارن بالكلية

واللذين حرصا غاية الحرص على أن تكون هذه الرسالة متكاملة الجوانب، خالية من العيوب والنقائص، فلم يقصرا في نصحي وإرشادي، ومنحاني من وقتهما وعلمهما الكثير والكثير مما لا أقدر على حصره، ولا تعبر الكلمات عن شكره، فإله أسأل أن يجزيهما عني خير الجزاء، وأن يوسع في رزقهما، ويزيد في علمهما، وأن يبارك لهما في وقتهما وجهدهما وأولادهما، وأن يجعلني خير خلف لخير سلف، إنه ولي ذلك والقادر عليه.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله البرّ الجوّاد، الذي جلت نعمته عن الإحصاء بالأعداد، الذي رفع الحق وأشاد، وقمع الباطل وأباد، وأظهر الإسلام وأقاد، وشرع الأحكام كما أراد، سبحانه الموفق بكرمه لطرق السداد، المان بالتفقه في الدين على من لطف به من العباد، خلق خلقه أطواراً، وصرفهم في أطوار التخليق كيف يشاء عزة واقتداراً، وأرسل الرسل بالتكليف إغذاراً منه وإنذاراً فأتم بهم على من اتبع سبيلهم نعمته السابغة، وأقام بهم على من خالف منهجهم حجته البالغة، فنصب الدليل، وأزاح العلل، وقطع المعاذير، وأقام الحجة، وأوضح المحجة، أحمدده أبلغ الحمد وأزكاه، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله وحبّيه وخلّيله، المصطفى بتعميم دعوته، والمكرم بتوفيق أمته للقيام بتبليغ رسالته صلوات ربي وتسليماته عليه وعلى آله وأصحابه الأئمة على الحق، والدعاة إلى الله على هدى وصراط مستقيم، الذين أزاحوا عن الأرض الفساد، وأظهروا فيها الرشاد ومن اتبع سبيلهم، وسار على هديهم إلى يوم الدين.

أما بعد...

فإن أولى ما يتنافس فيه المتنافسون، وأحرى ما يتسابق في حلبة سباقه المتسابقون ما كان بسعادة العبد في معاشه ومعاده كفيلاً، وعلى طريق هذه السعادة دليلاً وهو العلم النافع، والعمل الصالح اللذان لا سعادة للعبد إلا بهما، ولا نجاة له إلا بالتعلق بأسبابهما، وهذا كله إنما يتحقق بمعرفة

أحكام شرع الله، والعمل بها، والتفقه في دينه، فإن الفقه في الدين مما لا يخفى جلالة قدره، ونباهة ذكره، فقد جعل الرسول الكريم ﷺ الخير كل الخير فيمن يحصله، ويقوم عليه ومن يصطفيه الله ويختاره للقيام بهذه المهمة الجليلة فقد روى عن النبي ﷺ أنه قال: «من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين»^(١) وأثنى عليه المصطفى الكريم ﷺ كثير الثناء لأنه وارث الأنبياء فأثبت له خصيصة فاق بها سائر الأمة فقد روى أبو الدرداء رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «من سلك طريقاً يطلب فيه العلم سلك الله له به طريقاً من طرق الجنة، وإن الملائكة لتضع أجنحتها رضا لطالب العلم وإن العالم ليستغفر له من في السموات ومن في الأرض والحيتان في جوف الماء، وإن فضل العالم على العابد كفضل القمر ليلة البدر على سائر الكواكب، وإن العلماء ورثة الأنبياء وإن الأنبياء لم يورثوا ديناراً ولا درهما وإنما ورثوا العلم فمن أخذه أخذ بحظ وافر»^(٢).
فلا أرفع ولا أرقى من تلك المكانة المرموقة، والمترلة العظيمة.

(١) رواه الإمام البخاري في صحيحه (١٦/١) المطبعة العثمانية بالقاهرة، ورواه الترمذي وقال: حديث حسن صحيح سنن الترمذي كتاب العلم باب إذا أراد الله بعبد خيراً فقهه في الدين (٢٨/٥) دار الحديث.

(٢) رواه أبو داود بلفظه كتاب العلم باب الحث على طلب العلم (٣١٧/٣)، وقال الترمذي روايته عن طريق عاصم بن رجاء بن حيوة عن الوليد بن جميل عن كثير بن قيس أصح. سنن الترمذي كتاب العلم باب ما جاء في فضل الفقه على العبادة (٤٨/٥، ٤٩).

ولأن العلماء العارفين بالله، والمتفقهين في شرائعه أكمل الناس معرفة بالله فلذلك هم أشدهم خشية له وأكثرهم حرصاً على مرضاته، قال تعالى: ﴿ إِنَّمَا تَخْشَى اللَّهَ مِنْ عِبَادِهِ الْعُلَمَاءُ ﴾ [فاطر: ٢٨] لذلك كان علم الفقه من أجل العلوم قدراً، وأسماءها ذكراً، إذ به يُعرف الحلال من الحرام، ويفرق بين الهدى والضلال.

وإنه من البدهي القول بأن هذا التراث الفقهي الضخم وما فيه من تفاصيل واسعة قد وضع الحلول لكل معضلة تواجه الإنسان، فإن الشريعة الإسلامية قد جاءت لسعادة البشرية وتحقيق الخير لها وحرصت على إزالة ما بين الناس من عداوة وبغضاء ومنازعات وخصومات باستيعاب وحصر لم ولن يوجد له نظير.

لذلك نرى هذا الأمر قد حظى في الآونة الأخيرة باهتمام بالغ من رجال الفقه والقانون في العالم أجمع بعد أن تأكد لهم فشل القوانين والدساتير الوضعية في استيعاب مشاكل الناس، وتحقيق مصالحهم، وضمان حقوقهم.

ولقد قيّض الله لهذه الأمة رجالاً أغناهم بالعلم، وأكرمهم بالتقوى وهم الفقهاء اهتموا بحفظ هذه الشريعة، واستخرجوا من نصوصها كنوزاً تشريعية اقتصادية واجتماعية وسياسية كفلت مصالح المسلمين، ولم تضق بحاجة من حاجاتهم، بل كان فيها تشريع لأقضية ووقائع لم تحدث.

فحقاً لقا كان الفقه الإسلامي على مرّ العصور المختلفة مظهراً من مظاهر عناية الأمة الإسلامية بهذه الشريعة، شريعة الإصلاح والعدل

والرحمة.

فإن هذه الشريعة للأمة مصدر عزهم وفخرهم وقوتهم، ولقد تمسك المسلمون الأولون بهذا الدين، واتبعوا نهجه، وطبقوا أحكامه فعزوا وسادوا، ودالت له الدول، وخضعت لهم الشعوب.

ولكن الأمة الآن حادت عن هذا الطريق، وتركت شريعتها، واستبدلت ذلك بقوانين من صنع البشر، فلما تركت قانون رب البشر تردت في هاوية سحيقة واعتراها الخلل والاضطراب في جميع حياتها ولم لا؟ والله تعالى يقول: ﴿وَمَنْ أَعْرَضَ عَنْ ذِكْرِي فَإِنَّ لَهُ مَعِيشَةً ضَنْكًا﴾ [طه: ١٢٤].

لذلك لما وفقني الله تعالى إلى تسجيل رسالة العالمية (الدكتوراه) في قسم الشريعة الإسلامية أردت أن أسهم بجهد المقل في كشف النقاب، وإزالة اللثام عن وجه من وجوه مخاسن الشريعة الإسلامية، ومقصد هام وجليل من مقاصدها، وهو وسائل إنهاء المنازعات، ذلك الموضوع الذي تشعبت صورته وتناثرت أجزاؤه في بطون أمهات الكتب.

لتكون دعوة مدوية مسموعة - إن شاء الله تعالى - إلى التآخي والحب والمودة، وإحلال كل هذه المشاعر الطيبة النبيلة مكان النزاع والخصام والخلاف، فتطهر القلوب، وتتحد الأمة فيكتمل عزها ونصرها.

فإن سعادة الأمم وارتقاءها وتقدمها وبلوغها غاية الشرف ونهاية المجد والعزة والنصر إنما يكون ذلك بائتلاف واتحاد أفرادها وتضامنهم وتطهير قلوبهم من الأحقاد والضغائن والشرور التي يكون السبب فيها الخلاف

والتراع والتفرق وعدم الاتحاد والتي يكون من نتائجها الخذلان وذهاب المهابة والريادة والتفوق، فالله تعالى يقول: ﴿ وَلَا تَنَزَعُوا فَنَفْسُكُمُوتُ وَتَذْهَبَ رِجَالُكُمْ ﴾ [الأنفال: ٤٦].

ولقد أرشدنا الله تعالى إلى كيفية إنهاء التراع فقال تعالى: ﴿ فَإِنْ تَنَزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ﴾ [النساء: ٥٩].

وقال تعالى: ﴿ فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَتُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا ﴾ [النساء: ٦٥].

فإن الرد إلى كتاب الله وسنة رسوله ﷺ خير من التماذي في التراع والشقاق، وإنه دليل الإيمان الحق واليقين الصدق والتسليم الحقيقي لله ولرسوله ﷺ.

فأدعو الله أن يوفقني إلى ما أصبر إليه وأن يساعدني في إبراز هذه الوجوه وتلك المعاني والأهداف إنه ولي ذلك والقادر عليه.

أسباب اختياري للموضوع:

(١) الأهمية العلمية والعملية لهذا الموضوع التي تتمثل في حماية المجتمع من التراع والخلاف وضرورة الانتهاء من الخصومات والمنازعات بين أفراد المجتمع المسلم فيعم الاستقرار والطمأنينة والأمن في المجتمع فيعود نفع ذلك

على الأفراد اقتصاديا واجتماعيا وأخلاقيا.

(٢) أن من الواجب على كل دارس للفقہ الإسلامي أن يبذل قصارى جهده في استخراج كنوز الشريعة الإسلامية، ولما كان من فضل الله على أن أنعم بشرف الانتساب إلى دارسي الفقه الإسلامي، وأن أكون بجوار مشاعل النور وصفوته من خلقه ألا وهم العلماء أتمس طريقهم، وأتحسس سبلهم، لذلك عقدت العزم بعد المشيئة أن أقوم ببعض الواجب، وأن أحاول قدر استطاعتي استخراج بعض هذه الكنوز التي لا تزال محتاجة إلى مزيد من البحث والدراسة.

(٣) أن ثبت للعالم أجمع أن الشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان، وأنها لم تترك شاردة ولا واردة إلا وضعت لها الضوابط، ولم تترك مشكلة إلا وضعت لها الجلول التي تناسبها، وأنها عالمية لا تختص بنوع دون نوع أو جنس دون جنس أو مكان دون مكان أو زمان دون زمان حيث يقول تعالى: ﴿ وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا كَكَاْفَةً لِلنَّاسِ ﴾ [سبا: ٢٨]، وقال تعالى: ﴿ وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ ﴾ [الأنبياء: ١٠٧].

(٤) أن تكون هذه محاولة لتجلية الحقيقة في موضوع البحث لعل أن أضيف مفهوماً جديداً، أو أوفق في الترتيب والتبويب والعرض محاولاً أن يكون ذلك بأسلوب سهل عند أهل العصر غير مغل بقواعد اللغة العربية.

أهم الصعوبات:

هذا ولقد وجدت في إعداد هذا البحث واستنباطه من كتب الفقه الإسلامي صعوبات جمة لعل من أبرزها أن هذا الموضوع ليست له وحدة موضوعية ولم

يتكلم الفقهاء عن ذلك صراحة، فحاولت الاستنباط من كلامهم قدر استطاعتي وإرشاد وتوجيه من الأستاذين المشرفين على هذه الرسالة.

فالموضوع متشتت، وفروعه مختلطة، وبعض الوسائل لم ينص الفقهاء عليها بل ذكروا لها فروعاً فقهية حاولت جمعها واستخراج واستنباط ما فيها من أحكام.

ثم محاولة تطبيق ذلك على الواقع الذي نعيشه فلا فائدة من الدراسة التي لا ترتبط بواقع الناس وحياتهم فالزماني ذلك الخروج من دفات الكتاب إلى مشكلات الحياة، وإن كانت الفجوة بينهما عظيمة والبون بينهما شاسعاً.

خطة البحث

ولقد اقتضت خطة البحث أن يقسم إلى مقدمة وتمهيد وباين وخاتمة. أما المقدمة فتشتمل بعد الحمد والشكر لله على فضل علم الفقه وشرف القائمين على تحصيله، ومدى عناية الشريعة الإسلامية بسعادة أفراد المجتمع المسلم وتحقيق الخير لهم جميعاً، ثم على أسباب اختياري للموضوع، وأهم الصعوبات التي واجهتها، ثم على خطة البحث ومنهجتي في البحث.

أما التمهيد ففي المنازعة ويشتمل على خمسة مباحث:

المبحث الأول: في تعريف المنازعة والخصومة والفرق بينهما وبين العداوة.

المبحث الثاني: أقسام الخصومات وضوابطها.

المبحث الثالث: أهمية التسوية السلمية للمنازعات في الشريعة الإسلامية.

المبحث الرابع: نظرية السلم في الشريعة الإسلامية، ونماذج من التطبيق العملي لقواعد السلم في الإسلام.

المبحث الخامس: صور إنهاء المنازعات (الوفاة، التقادم، المصادرة، ذهاب محل المنازعة).

الباب الأول

المنازعات التي يكون طرفا الخصومة فيها منفردين

ويشتمل على عشرة فصول:

الفصل الأول: النزاع في البيع، ويشتمل على أربعة مباحث:

المبحث الأول: تعريف البيع.

المبحث الثاني: وسائل تفادي النزاع في البيع بالخيارات، ويشتمل على

ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: خيار المجلس.

المطلب الثاني: خيار الشرط.

المطلب الثالث: خيار الرؤية.

المبحث الثالث: أسباب النزاع في البيع، ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: النزاع بسبب وجود عيب في المبيع، وفيه أربعة مسائل:

المسألة الأولى: هل يجوز للمشتري أن يمسك المبيع ويأخذ من

الثلث مقدار النقص؟

المسألة الثانية: إذا اختلفا في العيب هل كان في المبيع قبل العقد، أو

حدث عند المشتري؟

المسألة الثالثة: إذا تباعا بشرط البراءة من كل عيب.

المسألة الرابعة: هل الرد بخيار العيب يكون على الفور أو على التراخي؟

المطلب الثاني: التنازع بين المتبايعين بسبب ما يتبع المبيع من الملحقات.

وفيه أربع مسائل:

المسألة الأولى: بيع النخل وفيه الثمرة.

المسألة الثانية: إذا استحققت الثمرة للبائع فهل يلزمه قطعها قبل

أوانها ويُسلم المبيع للمشتري أو يجوز له تركها في الشجر إلى أوان الجزاز؟

المسألة الثالثة: حكم الأوراق والأغصان.

المسألة الرابعة: بيع الدار بحقوقها.

المطلب الثالث: التنازع بسبب الاختلاف في الثمن، وصور ذلك. وفيه

مسألتان:

المسألة الأولى: الاختلاف في الثمن والسلعة قائمة.

المسألة الثانية: الاختلاف في الثمن والسلعة هالكة وتالفة.

المبحث الرابع: الوسائل التي وضعتها الشريعة الإسلامية لإنهاء النزاع

بين المتبايعين، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: إنهاء النزاع بالفسخ.

المطلب الثاني: إنهاء النزاع بالإقالة.

الفصل الثاني: التنازع في السلم، ويشتمل على أربعة مباحث:

المبحث الأول: تعريف السلم وحكمه.

المبحث الثاني: صور الاختلاف في السلم.

المبحث الثالث: التنازع بسبب هلاك المسلم فيه قبل التسليم.

المبحث الرابع: وسائل إنهاء التنازع في السلم، ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: إنهاء التنازع بالإقالة.

المطلب الثاني: إنهاء التنازع في السلم بالحوالة.

المطلب الثالث: إنهاء التنازع ببيع المسلم فيه.

الفصل الثالث: التنازع في الدين، ويشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: في تعريف الدين، وفضل الإقراض.

المبحث الثاني: صور الاختلاف في الدين.

المبحث الثالث: وسائل إنهاء التنازع في الدين، ويشتمل على ستة مطالب:

المطلب الأول: إنهاء التنازع بالصلح عن الدين، وفيه أربع مسائل:

المسألة الأولى: تعريف الصلح وحكمه وأدلة مشروعيته.

المسألة الثانية: الصلح عن الديون.

المسألة الثالثة: الصلح مع الإنكار.

المسألة الرابعة: الصلح مع السكوت.

المطلب الثاني: إنهاء التنازع في الديون بالإبراء، وفيه عشرة مسائل:

المسألة الأولى: تعريف الإبراء.

المسألة الثانية: هل الإبراء إسقاط أو تمليك؟

المسألة الثالثة: حكم الإبراء.

المسألة الرابعة: أركان الإبراء.

المسألة الخامسة: إبراء المريض مرض الموت.

- المسألة السادسة: حكم الإبراء من المجهول.
- المسألة السابعة: الإبراء بعد سقوط الحق أو دفعه.
- المسألة الثامنة: شمول الإبراء للزمان والمقدار، وسريانه من حيث الأشخاص.
- المسألة التاسعة: تعليق الإبراء، وتقييده، وإضافته.
- المسألة العاشرة: أثر الإبراء في إنهاء النزاع، وحكم الرجوع فيه.
- المطلب الثالث: إنهاء النزاع في الدين بالعفو عن المدين، وفيه مسألتان:
- المسألة الأولى: تعريف العفو لغة واصطلاحًا.
- المسألة الثانية: العفو عن المدين، وأثره في إنهاء المنازعة.
- المطلب الرابع: إنهاء النزاع في الديون بالمقاصة، وفيه ثلاث مسائل:
- المسألة الأولى: تعريف المقاصة، وحكمها.
- المسألة الثانية: محل المقاصة، وشروطها.
- المسألة الثالثة: آثار المقاصة.
- المطلب الخامس: إنهاء النزاع في الدين بالوفاء، وفيه خمس مسائل:
- المسألة الأولى: تعريف الوفاء وحكمه.
- المسألة الثانية: كيف يتم القبض.
- المسألة الثالثة: هل يشترط القبول في الوفاء.
- المسألة الرابعة: إعسار المدين وملازمة الطالب له.
- المسألة الخامسة: أثر الوفاء في إنهاء المنازعات.
- المطلب السادس: إنهاء النزاع في الديون بالظفر بالحق، وفيه مسألتان:
- المسألة الأولى: معنى الظفر، وحكمه.

المسألة الثانية: شروط الظفر بالحق.

الفصل الرابع: التنازع في العين، ويشتمل على تمهيد وخمسة مباحث:

التمهيد: في تعريف العين، وصور التنازع فيها.

المبحث الأول: إنهاء التنازع في العين بالصلح.

المبحث الثاني: إنهاء التنازع في العين بالتحكيم.

المبحث الثالث: إنهاء التنازع في العين بالوفاء.

المبحث الرابع: إنهاء التنازع في العين بالإبراء.

المبحث الخامس: إنهاء التنازع في العين بالظفر بها.

الفصل الخامس: التنازع في الرهن، ويشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: صور التنازع في الرهن، ويشتمل على أربعة مطالب.

المطلب الأول: الاختلاف في قدر الحق "المرهون به".

المطلب الثاني: الاختلاف في قدر الرهن.

المطلب الثالث: الاختلاف في قبض المرهون ورده.

المطلب الرابع: الاختلاف في حلول الأجل.

المبحث الثاني: أسباب التنازع في الرهن، ويشتمل على أربعة مطالب:

المطلب الأول: التنازع بسبب انتفاع المرتهن بالرهن.

المطلب الثاني: التنازع بسبب مؤنة الرهن.

المطلب الثالث: التنازع بسبب زوائد الرهن.

المطلب الرابع: التنازع بسبب ضمان الرهن إذا تلف.

المبحث الثالث: وسائل إنهاء التنازع بين الراهن والمرتهن.

الفصل السادس: التنازع في الشفعة، ويشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف الشفعة، ولمن تجب؟

المبحث الثاني: صور التنازع في الشفعة، ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التنازع في قدر الثمن وجنسه وصفته.

المطلب الثاني: التنازع في المبيع.

المطلب الثالث: التنازع في الخيار.

المبحث الثالث: وسائل إنهاء النزاع في الشفعة، ويشتمل على ستة مطالب:

المطلب الأول: إسقاط حق الشفعة.

المطلب الثاني: وفاة الشفيع.

المطلب الثالث: الإبراء عن الشفعة.

المطلب الرابع: الصلح عن حق الشفعة.

المطلب الخامس: الإقالة من الشفعة.

المطلب السادس: إذا كان حق الشفعة بين اثنين فأكثر فباع أحدهما

نصيبه أو تنازل عنه فما الحكم؟

الفصل السابع: التنازع في الحقوق المشتركة، ويشتمل على أربعة مباحث:

المبحث الأول: التنازع في فتح باب أو نافذة أو غرز خشبة في الحائط

المشترك، ووسائل إنجائه.

المبحث الثاني: التنازع في وضع خشبة على الحائط المشترك أو حائط

الجار، ووسائل إنجائه.

المبحث الثالث: الانتفاع بالحائط المشترك بما سوى ذلك.

المبحث الرابع: التنازع في ملك الحائط المشترك.

الفصل الثامن: التنازع في الإجارة، ويشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: في تعريف الإجارة، وحكمها.

المبحث الثاني: أسباب التنازع في الإجارة وصوره، ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التنازع بسبب الاختلاف في قدر الأجرة.

المطلب الثاني: التنازع بسبب الاختلاف في مدة الإجارة.

المطلب الثالث: التنازع بسبب ضمان العين المستأجرة.

الفصل التاسع: التنازع بين الزوجين، ويشتمل على أربعة مباحث:

المبحث الأول: أسس الحياة الزوجية.

المبحث الثاني: النشوز ووسائل إنجائه، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: نشوز الزوجة.

المطلب الثاني: نشوز الزوج.

المبحث الثالث: الشقاق ووسائل إنجائه، ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: إنهاء التراع والشقاق بالتحكيم.

المطلب الثاني: إنهاء الشقاق بالخلع.

المطلب الثالث: إنهاء الشقاق بالطلاق.

المبحث الرابع: بعض صور التراع بين الزوجين، ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الاختلاف في المهر قبل الدخول وإنهاء هذا التراع بالعفو.

المطلب الثاني: الاختلاف بسبب النفقة.

المطلب الثالث: الاختلاف في متاع البيت.

الفصل العاشر: التنازع في الدماء، ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: في تحريم القتل وتشريع القصاص.

المبحث الثاني: وسائل إنهاء النزاع في الدماء، ويشتمل على أربعة مطالب:

المطلب الأول: إنهاء النزاع بالقصاص من القاتل.

المطلب الثاني: إنهاء النزاع بالعفو مجاًناً عن القاتل، وفيه ست مسائل:

المسألة الأولى: إذا عفا ولي الدم عن القصاص ثم قتله بعد العفو.

المسألة الثانية: هل يجب على القاتل بعد العفو عقوبة؟

المسألة الثالثة: هل تجب الكفارة في القتل العمد؟

المسألة الرابعة: عفو المجني عليه في الجناية العمد على النفس.

المسألة الخامسة: عفو المجني عليه فيما دون النفس وحكم السراية،

وهل تجب الدية؟

المسألة السادسة: عفو المجني عليه عن الجناية الخطأ على النفس وما

دون النفس.

المطلب الثالث: إنهاء النزاع بالعفو على مال (الدية).

المطلب الرابع: إنهاء النزاع بالصلح عن القصاص، وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: الصلح عن القصاص في القتل العمد.

المسألة الثانية: الصلح عن القصاص في القتل الخطأ.

الباب الثاني المنازعات التي يكون فيها طرفا الخصومة متعددين أو أحدهما متعددا

ويشتمل على أربعة فصول:

الفصل الأول: التنازع في الوصية، ويشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف الوصية، وحكمها، وشروطها، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حكم الوصية للوارث.

المطلب الثاني: حكم الوصية لغير القريب.

المبحث الثاني: التنازع بسبب زوائد الموصى به.

المبحث الثالث: التنازع بين الموصى والورثة بسبب الوصية بأكثر من

الثلث وتوقف ذلك على إجازة الورثة، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: إجازة الورثة تنفيذ الوصية أو عطية مبتدأة.

المطلب الثاني: وقت الإجازة والرد.

الفصل الثاني: التنازع في الحجر، ويشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف الحجر، وحكمه.

المبحث الثاني: الحجر على المفلس، وتنازع الغرماء، وكيفية تقسيم

المال عليهم، ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعلق حق الغرماء بعين ماله، ومنعه من التصرف فيه،

وبيع ماله عليه.

المطلب الثاني: إذا وجد بعض الدائنين عين ماله هل له أن يأخذه؟

المطلب الثالث: هل يحل الدين المؤجل بالإفلاس؟

المبحث الثالث: الحجر على المريض مرض الموت، وتنازع الورثة في تصرفاته، ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: حكم إبرائه وتبرعه وهبته.

المطلب الثاني: حكم إقراره بدين على نفسه لغيره.

المطلب الثالث: حكم عفو المحجور عليه عن القصاص.

الفصل الثالث: التنازع في الشركة، ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: تعريف الشركة، وحكمها، وأنواعها.

المبحث الثاني: أسباب التنازع في الشركة ووسائل إنجائه، ويشتمل على ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: التنازع بين الشركاء بسبب رأس مال الشركة.

المطلب الثاني: التنازع في الشركة بسبب سوء الإدارة.

المطلب الثالث: تنازع العمال مع الإدارة بسبب عدم أخذ حقوقهم، أو بسبب الإنهاء التعسفي لعقد العمل.

الفصل الرابع: التنازع في اللقطة واللقيط، ويشتمل على خمسة مباحث:

المبحث الأول: تعريف اللقطة ودليها.

المبحث الثاني: أحكام اللقطة.

مطلب: هل يكفي الوصف في إثبات اللقطة أو لابد من البينة؟

المبحث الثالث: التنازع في اللقطة ووسائل إنجاء هذا النزاع.

المبحث الرابع: تعريف اللقيط، واشتراط البينة في دعوى نسب اللقيط.

المبحث الخامس: التنازع في نسب اللقيط ووسائل إنجائه، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: ادعاء مَنْ التقطه نسبه.

المطلب الثاني: ادعاء غير مَنْ التقطه نسبه.

منهجي في البحث:

أولاً: لقد كان غرضي ومقصدي في كل ما عرضته أن أثبت أن الشريعة الإسلامية اهتمت بإزالة المنازعات، وحرصت على رفع الخلافات فجعلت لذلك وسائل وقائية يتفادى بها الإنسان حصول التراع والخلاف كما في تشريع الخيارات في البيوع وغيره حرصاً من الشريعة على عدم حصول التراع أصلاً فإذا ما حدث التراع فقد وضعت له وسائل لرفعه.

ثانياً: حاولت قصارى جهدي أن أجمع الأسباب والصور التي يكون حولها التراع سواء في البيوع أو في غيرها، ومن خلال اختلاف الفقهاء وترجيح القول الذي يرححه الدليل ويتمشى مع مصالح العباد أقول إن هذا هو الذي يرفع التراع في خصوص هذا التراع كأن يكون القول للبائع أو للمشتري أو للراهن أو للمرتهن أو غير ذلك.

ثم اتبع كل فصل بالوسائل العامة التي وضعها الفقهاء ليرتفع بها العقد المتنازع فيه، فلا يبقى للمنازعة حينئذ محل فتنتهي بذلك، سواء كان هذا بإرادة الطرفين معاً أو بإرادة أحدهما حسب طبيعة كل عقد، ومدى لزومه وجوازه.

ثالثاً: لم أقتصر على المنازعات التي تنتهي قبل الوصول إلى القضاء، بل شمل البحث إنهاء المنازعات قبل أن تصل إلى القضاء وبعد أن تصل إلى القضاء ويكون الفصل فيها بحكم القاضي حسب وسائل الإثبات، فإن التحالف الذي يرتفع به التراع في أكثر صور المعاملات قد يكون بأمر القاضي، وقد يكون برضا الطرفين، وكذلك الفسخ والانفساخ.

رابعاً: اختصت هذا البحث بالمنازعات التي تحدث على حقوق العباد سواء كانت في المعاملات أو في الأحوال الشخصية أو في القصاص، أما حقوق الله فلم أتناولها بالبحث لأن هذه الحقوق لا يملك كائن من كان إسقاطها أو التنازل عنها بالصلح أو بالعفو فهي واجبة الوفاء والاستيفاء، ولا تسقط عن المكلف إلا بالوفاء وتشمل هذه الحقوق العبادات، والحقوق المالية المتفرعة عن العبادات كالزكاة والكفارات، والنذور، والحدود، تلك العقوبات على الجرائم التي تكون ضد المجتمع الإسلامي كله لأنها تحافظ على الضروريات الخمس (حفظ النفس والدين والعقل والعرض والمال).

خامساً: سلكت منهج المقارنة بين المذاهب الفقهية من الأحناف والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية في أكثر المسائل التي تضمنها الحديث فأعرض المسألة، وأذكر آراء المذاهب الفقهية فيها، فإن كان هناك موضع اتفاق بين الفقهاء أذكر اتفاقهم ثم أذكر موضع الاختلاف وهو محل النزاع، ثم أنسب كل مذهب إلى قائله ثم أذكر الأدلة مبينا وجه الدلالة منها إن احتاج الأمر إلى ذلك ثم أورد المناقشة على الأدلة ثم أورد على المناقشات التي وردت على أدلة الرأي الراجح، ثم أذكر الترجيح مبينا سبب الترجيح وكنت أحاول الجمع بين المذاهب في الترجيح إن أمكن ذلك فالجمع بين الأدلة أولى من الترجيح لأن فيه إعمال القولين وإعمال القولين أولى من إهمال أحدهما، ثم أذكر الثمرة من هذا الاختلاف بناء على الرأي الراجح.

سادساً: حاولت استقصاء آراء كل مذهب وأخذت من كتبه المعتمدة وتحاشيت أخذ رأي لأي مذهب من كتب مذهب آخر ابتغاء الوصول إلى حقيقة كل مذهب.

سابعاً: كنت أرجع إلى كتب التفسير والسنة لبيان وجه الدلالة من الآية أو الحديث.

ثامناً: عزوت الآيات إلى سورها مع كتابة اسم السورة ورقم الآية.

تاسعاً: عزوت الأحاديث النبوية والآثار إلى مصادرها من كتب السنة المعتمدة وكنت أترك الحكم على ما أخرجه الإمام البخاري والإمام مسلم إذا كان الحديث فيهما، أما ما أخرجه غيرهما فقد حاولت في كثير منها بيان درجتها من الصحة والضعف.

عاشراً: ترجمت لأغلب الأغلام التي ورد ذكرها في الرسالة.

حادي عشر: قمت بعمل فهرس مفصلة للرسالة.

وبعد

فهذا جهد المقصر، وكفاح المتعب المجهد، أضعه بين يدي أساتذتي الأجلاء ألتمس منهم تصويب خطئه، وإقامة معوجهه فالكمال لله وحده والنقص من سمات البشر.

ورغم ما بذلته من جهد قدر استطاعتي لا أظن أن عملي هذا براء من كل عيب ونقص وحسبي أني بذلت غاية ما أملك راجيا من الله العلي القدير أن ينفع به، وأن يجعله في ميزان حسناتي وأعتذر عما فيه من قصور أو نقص أو عيب أو خطأ.

يقول العماد الأصفهاني: (إني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتابا في يومه إلا قال في غده لو كان غير هذا لكان أحسن، ولو زيد كذا لكان يستحسن، ولو قُدم هذا لكان أفضل، ولو ترك هذا لكان أجمل، وهذا من أعظم العبر وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر.

والله أدعو أن يوفقني، ويهديني إلى الصراط المستقيم، وأن يعصمني من الدلل، وأن يذكرني ما نسيت، ويعلمني ما جهلت، إنه سميع قريب مجيب.

﴿ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نَسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إَصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ وَاعْفُ عَنَّا وَاعْفِرْ لَنَا وَارْحَمْنَا أَنْتَ مَوْلَانَا فَانصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ ﴾ [سورة البقرة: ٢٨٦].

﴿ رَبَّنَا لَا تُزِغْ قُلُوبَنَا بَعْدَ إِذْ هَدَيْتَنَا وَهَبْ لَنَا مِن لَّدُنكَ رَحْمَةً إِنَّكَ أَنْتَ الْوَهَّابُ ﴾ [آل عمران: ٨].

الباحث

عبد الباسط محمد خلف

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

فصل تمهيدي في تعريف المنازعة

ويشتمل على خمسة مباحث:

المبحث الأول: في تعريف المنازعة والخصومة والفرق بينهما وبين العداوة.

المبحث الثاني: أقسام الخصومات وضوابطها.

المبحث الثالث: أهمية التسوية السلمية للمنازعات في الشريعة الإسلامية.

المبحث الرابع: نظرية السلم في الشريعة الإسلامية ونماذج من التطبيق

العملي لقواعد السلم في الإسلام.

المبحث الخامس: حالات إنهاء المنازعات [الوفاء، التقادم، المصادرة،

ذهاب محل المنازعة].

توطئة

إن الشريعة الإسلامية إنما جاءت لسعادة البشرية في الدنيا والآخرة، وإزالة ما بين الناس من عداوة، وبغضاء، ومنازعات، وخصومات، ورسمت ذلك الطريق ووطأته ومهدته فمن اتبع ذلك المنهج المستقيم سعد أعظم السعادة، ومن ضل فإنما يضل عليها ﴿ وَمَا رَبُّكَ بِظَلَّامٍ لِلْعَبِيدِ ﴾ [فصلت: ٤٦].

وبعد

فإنه من الضروري وقبل أن نتعرف ونقف على حقيقة الوسائل التي وضعتها الشريعة الإسلامية لإنهاء المنازعات بين الناس أن نقف على حقيقة المنازعة، والخصومة وأقسام الخصومات ودعوة الشرع لتلك التسوية السلمية للمنازعات لذلك اشتمل هذا التمهيد على خمسة مباحث.

المبحث الأول

تعريف المنازعة والخصومة والفرق بينهما وبين العداوة

فالمنازعة في اللغة: نازعه منازعة ونزاعاً جاذبه في الخصومة، والتنازع التخاصم، وتنازع القوم اختصموا، وبينهم نزاعة أي خصومة في حق، فالمنازعة مجاذبة الحُجج فيما يتنازع فيه الخصمان^(١).

وقيل: التنازع والمنازعة المجاذبة ويعبر بهما عن المجادلة^(٢).

والمنازعة لا تكون إلا فيمن يُنكر المطلوب فالفرق بين المنازعة والمطالبة أن المطالبة تكون فيمن يعترف بالمطلوب كالمطالبة بالدين ولا تقع إلا مع الإقرار به وكذلك المطالبة بالحجة على الدعوى، والدعوى قول يعترف به المدعي عليه.

والمنازعة لا تكون إلا فيمن ينكر المطلوب^(٣).

والمنازعة في الاصطلاح: هي إقامة كل طرف من أطراف الخصومة الحجة على دعواه، ومجادلته بتلك الحجة ليثبت ما ادعاه.

فهي أمر متأخر عن الخصومة، ولا تكون إلا فيما ينكره الخصم.

أما الخصومة فإنها في اللغة بمعنى الجدل يقال خصمه خصاماً ومُخاصمة فخصمه يخصمه خصماً غلبه بالحجة، والخصومة الاسم من التخاصم والاختصام والخصم يصلح للواحد والجمع والذكر والأنثى لأنه

(١) لسان العرب (٤٣٩٦/٦) مادة نزع ط/ دار المعارف.

(٢) المفردات للراغب الأصفهاني (ص ٤٨٨) ط/ دار المعرفة بيروت.

(٣) الفروق اللغوية للإمام أبي هلال العسكري (ص ٤٩) ط/ دار الكتب العلمية بيروت.

مصدر.

ويقال للخصمين خصمان لأخذ كلا واحد منهما في شق من الحجاج والدعوى^(١) وأصل المخاصمة أن يتعلق كل واحد بخصم الآخر أي بجانبه، والخصم المختص بالخصومة^(٢).

ويقال خصمت فلانا غلبته فيما خاصمته^(٣).

فالخصومة في اللغة يقصد بها النزاع والجدل.

وفي الاصطلاح: اسم لكلام يجري بين اثنين، أو أكثر على سبيل المنازعة^(٤) ويقصد بها في الاصطلاح الفقهي الدعوى الصحيحة والجواب عنها^(٥). فلا بد إذن لكي يتضح المسلك أن نتعرض بشيء من الاختصار لتعريف الدعوى.

فعرفها الأحناف بأنها: مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عن ثبوته^(٦).

(١) لسان العرب مادة خصم (١١٧٦/٢) ط/ دار المعارف.

(٢) المفردات في غريب القرآن (ص ١٤٩) ط/ دار المعارف.

(٣) لسان العرب (١١٧٦/٢).

(٤) القاموس المحيط (١٠٧/٤) ط/ عالم الكتب بيروت، المعجم الوجيز (ص

١٩٩) الطبعة الأولى المبسوط للسرخسي (٦٠/١٦) ط/ دار المعرفة.

(٥) تكملة فتح القدير (٢٣٨/٨، ٢٣٩) ط/ دار الفكر، حاشية قرّة عيون الأخبار

لابن عابدين (٣٠٨/١) ط/ مصطفى الحلبي.

(٦) العناية على الهداية مطبوع على شرح فتح القدير (١٥٢/٨) ط/ دار الفكر.

وقيل: طلب أحد حقه من آخر في حضور القاضي سواء كان هذا الطلب بالقول أو بالكتابة حال المنازعة بلفظ يدل على الجزم بإضافة الحق إلى نفسه؛ أو إلى الشخص الذي ينوب عنه^(١).

وعرفها المالكية: بأنها طلب معين أو ما في ذمة معين أو ما يترتب عليه أحدهما معتبرة شرعاً لا تكذبها العادة^(٢).

وعرفها الشافعية: بأنها إخبار عن وجوب حق على غيره عند حاكم^(٣).

وقيل: إخبار عن وجوب حق للمخبر على غيره عند حاكم ليلزمه به، وهذا التعريف هو الأشهر عند الشافعية^(٤).

وعرفها الحنابلة بأنها إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شيء في يد

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام تأليف علي حيدر (١٥١/١٤) ط/ دار الكتب العلمية بيروت تبين الحقائق شرح كثر الدقائق للزيلعي (٢٩٠/٤) دار المعرفة بيروت، الفتاوى الهندية (٢/٤)، حاشية ابن عابدين (٥٤١/٥) ط/ مصطفى الحلبي، تكملة فتح القدير (١٥٤/٨) ط/ دار الفكر.

(٢) تبصرة الحكام لابن فرحون (١٤٤/١) ط/ مكتبة الكليات الأزهرية، الفروق للقرافي (٧٢/٤) ط/ بيروت.

(٣) مغني المحتاج للخطيب الشربيني (٤٦١/٤) ط/ مصطفى الحلبي، نهاية المحتاج ٣٣٣/٨ ط/ دار الفكر.

(٤) تحفة المحتاج بشرح المنهاج وعليه حاشيتي الشرواني وابن قاسم (٢٨٥/١٠) ط/ دار صادر بيروت.

غيره أو في ذمته^(١).

الراجع من التعريفات:

وإن كانت هذه التعريفات في جملتها تدور حول معنى واحد وهو أن الدعوى طلب الحق عند الحاكم إلا أن أرجحها تعريف الأحناف الثاني لأنه يميّز الدعوى عن غيرها من التصرفات، ولأنه تناول الدعوى الصحيحة واستبعد الدعوى الفاسدة وهذا ما يتمشى مع تعريف الخصومة بأنها الدعوى الصحيحة^(٢).

فالدعوى عند الأحناف متساوية مع الخصومة في التعريف، أما عند الشافعية فإن الدعوى غلب استعمالها على طلب الحق أما الخصومة فما يقع من الخصمين [المدعى والمدعى عليه] أمام القاضي^(٣).

الفرق بين المنازعة والخصومة وبين العداوة:

بعد أن عرفت كلا من المنازعة والخصومة نفرق بينهما وبين العداوة فالعداوة في اللغة: الظلم، وتجاوز الحد، والعادي الظالم، والعدو خلاف الصديق، والجمع أعداء^(٤).

(١) كشف القناع للبهوتي (٣٨٤/٦) ط/ مكتبة النصر الحديثة، المغني لابن قدامة

(٢) (١٦٢/١٢) ط/ دار الكتاب العربي.

(٣) الفتاوى الهندية (٣/٤) بيروت، حاشية قرّة عيون الأخيار (٣٠٨/١) الحلبي.

(٤) حاشية ابن عابدين (٥٤١/٥) جاشيتي قليوبي وعميرة (٣٣٤/٤) ط/ عيسى

الحلبي.

(٤) لسان العرب (٢٨٤٥/٤) ط/ دار المعارف، والمفردات في غريب القرآن (ص ٣٢٦).

والعداوة في الاصطلاح: ما يتمكن في القلب من قصد الإضرار والانتقام^(١) قال في الفروق اللغوية: الفرق بين المعادة والمخاصمة أن المخاصمة من قبيل القول، والمعاداة من أفعال القلوب، ويجوز أن يخاصم الإنسان غيره من غير أن يعاديه ويجوز أن يعاديه ولا يخاصمه^(٢).

والمقصود بالمنازعة مناط البحث هي ما تشمل المنازعة والخصومة معاً فإن من الوسائل التي سوف نتعرض لها ما تنتهي به المنازعة قبل وصولها إلى الحاكم ومنها ما يكون القاضي هو الفاصل فيها بحكم الله تعالى.

أطراف الخصومة:

لقيام الخصومة لابد من وجود مدع ومدعى عليه ولا بد من التمييز بينهما، وهذا ليس بالأمر الهين اليسير، فقد يدق التمييز بينهما في بعض الصور إذ قد يُرى في بعضها أن كلا من طرفيها قد يكون مدعياً بالنظر إلى جهة معينة، ومدعى عليه بالنظر إلى جهة أخرى في حين أن أحكام المدعى تختلف عن أحكام المدعى عليه^(٣).

ويقصد بأطراف الخصومة أو الدعوى الأشخاص الذي يكون بينهم النزاع وهما المدعى والمدعى عليه وكل منهما قد ينفرد وقد يتعدد لكن

(١) التعريفات للجرجاني (ص ١٦٢) ط/ دار الكتاب المصري، دار الكتاب اللبناني.

(٢) الفروق اللغوية لأبي هلال العسكري (ص ١٠٧) دار الكتب العلمية بيروت.

(٣) حاشية قرّة عيون الأخبار (١/٣١٠) الحلبي.

يشترط في الحالة الثانية أن يكون المتعدد محصوراً^(١).

لهذا كان من الواجب التمييز بين المدعى والمدعى عليه وهذا الأمر هو مدار القضاء وعموده إذ بعد تحققه لا يبقى على القاضي سوى تطبيق القواعد المعروفة في البينات والترجيح^(٢).

وأصل هذا التمييز قول النبي ﷺ «البينة على المدعى»^(٣).

وجه الدلالة من الحديث:

أن النبي ﷺ وضع أن المدعى يكلف بالبينة وعاء الإثبات وإنما توجه اليمين على المنكر، وإنما طوّل المدعى بذلك لأنه يدعى خلاف الأصل،

(١) نهایة المحتاج (٣٤٤/٨) دار الفكر، قليوبي وعميرة (١٦٣/٤)، حاشية رد المختار على الدر المختار (٣٥٣/٥).

(٢) المقدمات والممهّدات لابن رشد (٣١٨/٢) ط/ مطبعة السعادة بمصر.

(٣) جزء من حديث في الصحيحين لفظه «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه» من حديث ابن عباس وقد خرج البيهقي هذا الحديث بلفظ لكن البينة على المدعى واليمين على من أنكر وقد صرح الحافظ ابن حجر بأن إسناده هذا الحديث عند البيهقي إسناده حسن وزعم الأصيلي أن قوله لكن البينة إلى آخره من كلام ابن عباس أدرج في الخبر وحكى هذا القول القاضي عياض. صحيح البخاري (٤٣/٦) ط/ دار الحديث. صحيح مسلم كتاب الأقضية باب اليمين على المدعى عليه حديث رقم (١٧١١)، (١٣٣٦/٣) ط/ إحياء التراث العربي بيروت، تلخيص الحبير (٢٠٨/١) دار المعرفة، نيل الأوطار للشوكاني (٣١٠/١٠) ط/ الكليات الأزهرية.

فالأصل براءة الذمم من الحقوق^(١).

فمن هو المدعى الذي يكلف بعبء الإثبات، وإقامة البينة على دعواه ذهب أكثر الفقهاء من الأحناف، وبعض المالكية، وبعض الشافعية وبعض الحنابلة إلى تعريف المدعى بأنه من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليه والمدعى عليه من إذا ترك الخصومة يجبر عليها^(٢).

وذهب فقهاء المالكية إلى أن المدعى من تجردت دعواه عن أمر يصدقه، أو كان أضعف المتداعين أمراً في الدلالة على الصدق^(٣).

وفسر آخرون منهم ذلك بقولهم إن المدعى هو من لم يترجح قوله بمعهود أو أصل والمدعى عليه من ترجح قوله بمعهود أو أصل^(٤).

والمعهود هو العرف والعادة والغالب، والأصل هو القاعدة الشرعية المعمول بها في الواقعة المخصوصة أو الدلالة المستمرة أو استصحاب الحال الأول^(٥).

(١) سبل السلام (١٧٤/٤) ط/ دار الفرقان.

(٢) المبسوط (٣١/١٧) ط/ دار المعرفة بيروت، بدائع الصنائع (٣٩٤/٨) ط/

الإمام، تبين الحقائق (٢١٩/٤)، مغني المحتاج (٤٦٤/٤)، تبصرة الحكام

(١٤١/١)، كشف القناع (٣٨٤/٦)، المغني لابن قدامة (١٦٢/١٢).

(٣) مواهب الجليل (١٢٤/٦) ط/ مكتبة النجاح بليبيا، الفروق للقرافي (٧٥/٤).

(٤) القوانين الفقهية لابن جزي (ص ٢٥٧) دار الفكر، شرح زروق وابن ناجي

على الرسالة (٢٧٤/٢).

(٥) تبصرة الحكام (١٤٠/١)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (١٤٣/٤).

وذهب أكثر فقهاء الشافعية إلى أن المدعى من يخالف قوله الظاهر، والمدعى عليه من يوافق قوله الظاهر^(١).

والظاهر عند الشافعية نوعان:

(أ) ظاهر بنفسه وهو أقوى أنواع الظاهر عندهم، وهو ما يكون مستفاداً من الأصول وذلك كالظاهر المستفاد من البراءة الأصلية وهي براءة الذمم من الحقوق، والأجساد من العقوبات، وبراءة الإنسان من الأفعال والأقوال جميعاً.

(ب) والظاهر بغيره وهو ما يستفاد من العرف والعادة وقرائن الأحوال^(٢).

وإذا تعارض الظاهر بنفسه مع الظاهر بغيره فغالباً ما يقدم الشافعية الأول ويكون الذي يدعى خلافه مدعياً يكلف بالبينه إن لم يُقر خصمه ويكون الآخر مدعى عليه^(٣).

وذهب معظم فقهاء الحنابلة إلى أن المدعى هو مَنْ يُضيف إلى نفسه استحقاق شيء على الآخر والمدعى عليه مَنْ يضاف استحقاق شيء عليه^(٤).

(١) فحاية المحتاج (٣٣٩/٨).

(٢) مغني المحتاج (٤٦٤/٤).

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٧٢) ط/ دار الكتب العلمية.

(٤) المغني لابن قدامة (٢٤٢/١٠) ط/ مكتبة القاهرة.

وقال بعضهم هو من يُطالب غيره بحق يذكر استحقاقه عليه وإذا سكت ترك والمدعى عليه من يطالبه غيره بحق يذكر استحقاقه عليه وإذا سكت لم يترك^(١).

والراجح هو الرأي الأول وهو لمعظم الأحناف، وبعض المالكية، وبعض الشافعية، وبعض الحنابلة، لأن معيارهم أسلم وأضبط^(٢).

ثم بقى أن نتساءل ما ثمرة التمييز بين المدعى والمدعى عليه؟ هناك فوائد كثيرة في التفرقة بين المدعى والمدعى عليه منها:

(١) تعيين الطرف الذي يقع عليه الإثبات والطرف الذي لا يكلف إلا باليمين عند عدم وجود بينة تشهد للطرف الأول.

وإنما جعلت البينة على المدعى لأن جانبه ضعيف إذ هو يريد تغيير الحال المستقر بما يزعمه.

قال ابن رشد^(٣): فالمعنى الذي من أجله كان القول للمدعى عليه، هو

(١) كشف القناع (٣٨٤/٦) ط/ دار الفكر.

(٢) نيل الأوطار للشوكاني (٣١٠/١٠).

(٣) الإمام محمد بن أحمد بن محمد بن رشد المالكي يكنى أبا الوليد قرطبي زعيم فقهاء

وقته بأقطار الأندلس والمغرب ولّى قضاء الجماعة بقرطبة سنة ٥١١ هـ، ألف

كتاب البيان والتحصيل لما في المستخرجة من التوجيه والتعليل (ط)، وكتاب

المقدمات، والفتاوى، وغيرهم تفقه بأبي جعفر، وسمع الجياني، وأبا عبد الله بن

فرج وغيرهم وأخذ عنه القاضي عياض وغيره ولد سنة ٤١٥ هـ وتوفي سنة

٥٢٠ هـ. [الدياج المذهب لابن فرحون ٢٤٨/٢ ط - دار التراث، شجرة النور

أن له سبباً يدل على صدقه دون المدعى في مجرد دعواه وهو كون السلعة بيده إن كانت الدعوى في شيء بعينه، أو كون ذمته بريئة على الأصل في براءة الذمم إن كانت الدعوى فيما في ذمته، والمعنى الذي من أجله وجب على المدعى إقامة البينة على دعواه هو تجرد دعواه من سبب يدل على صدقه فيما يدعيه^(١).

ويشهد لهذا قول النبي ﷺ: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن البينة على المدعى»^(٢).

(٢) تعيين المحكمة المختصة بنظر القضية فإنه قد وقع خلاف بين الفقهاء في مكان القضاء هل ما يختاره المدعى أو ما يختاره المدعى عليه^(٣)؟

١٢٩ ط - بيروت ، هدية العارفين ٨٥/٢ ط - مكتبة المتنبى ببغداد]

(١) المقدمات والممهدات لابن رشد (٢/٣١٦، ٣١٧).

(٢) سبق تخريجه (ص ٤١).

(٣) قال الدسوقي إذا كان كل منهما يطالب صاحبه بشيء مغاير لما يدعى به الآخر ففي نقل المواق وابن عرفة عن المازري أن لكل منهما أن يطلب حقه عند من شاء من القضاة والراجع عند المالكية أن الحكم يكون حيث المدعى عليه وبه عمل أهل المدينة والأندلس وقيل حيث المدعى فيه.

وقال محمد بن الحسن الخيار للمدعى عليه وقال أبو يوسف الخيار للمدعى فالأول لأن المدعى عليه دافع للخصومة فيعتبر قاضيه وقال أبو يوسف لأن المدعى منشئ للخصومة فيعتبر قاضيه والأصح الأول.

المبحث الثاني أقسام الخصومات وضوابطها

سبق أن قلت إن الخصومة هي الدعوى الصحيحة والجواب عنه وهذه الخصومة [الدعوى] تنقسم إلى تقسيمات كثيرة، وتفرعات متنوعة ومتعددة باعتبارات مختلفة منها ما يرجع إلى صحة الدعوى وعدمه، ومنها ما يرجع إلى تنوع الشيء المدعى، ومنها ما يرجع إلى الخصوم. فباعتبار الصحة تنقسم إلى أقسام:

(أ) الدعوى الصحيحة وهي التي استجمعت شرائط الصحة^(١) وقد تضمنت طلباً مشروعاً، وهذه الدعوى يترتب عليها أحكامها.

(ب) الدعوى الباطلة: وهي الدعوى التي فقدت شرطاً من شروطها الأساسية المطلوبة فيها. وذلك كالدعوى المرفوعة على من ليس بخصم، أو كان المدعى فضولياً، أو غير ذلك، وهذه الدعوى لا يترتب عليها حكم لأن إصلاحها غير ممكن.

(ج) الدعوى الفاسدة وهي الدعوى التي استجمعت شرائطها

=

يراجع مواهب الجليل للحطاب (١٤٦/٦)، حاشية الدسوقي (١٦٤/٤)، حاشية

ابن عابدين (٥٤٢/٥) ط/ الحلبي. كشف القناع (٣٢٧/٦) ط/ دار الفكر.

(١) وشروط صحة الدعوى: [١] أن يكون الطرفان عاقلين [٢] أن يكون المدعى

عليه معلوماً [٣] أن يكون الخصم حاضراً [٤] أن يكون المدعى به معلوماً

[٥] أن تكون الدعوى محتملة الثبوت [٦] أن تكون الدعوى في مجلس القضاء

[٧] ألا يكون هناك تناقض في الدعوى.

الأساسية ولكن اختلت بعض أوصافها ولكن هذا الخلل في الأوصاف يمكن تصحيحه وذلك كمن يدعى استحقاق عقار ولا يبين حدوده، أو دين ولا يبين مقداره.

فإنه في هذه الحالة لا ترد الدعوى وإنما يُطلب من المدعى إكمال ما يعترىها من نقص وسد الخلل الموجود في أوصافها فإن فعل ذلك نظرت دعواه وطولب خصمه بالجواب عنها وإلا فترد إلى أن يصححها^(١).

وهذه الدعوى يسميها فقهاء الشافعية الدعوى الناقصة سواء كانت ناقصة الصفة أو ناقصة الشرط أما ناقصة الصفة: وهي التي لم يُفصّل فيها المدعى أوصاف الشيء المدعى به اللازم ذكرها كأن يهمل حدود العقار المدعى، وفيها يجب على القاضي أن يسأل المدعى رأب صدع دعواه فإن فعل صحت وإلا فلا.

أما ناقصة الشرط: فيقصّدونه بها دعوى النكاح لا يذكر فيها النولي والشهود^(٢).

(د) الدعاوى الممنوع سماعها وهذه الدعوى صحيحة في أصلها، وإنما مُنع القضاة من سماعها لاقتضاء المصلحة ذلك كدعوى ما تقادم زمانه في

(١) البسوط (٧٨/١٦) ط/ دار المعرفة بيروت، تبصرة الحكام (١٥١/١)، تحفة

المحتاج بحواشي الشرواني وقاسم (٢٩٤/١٠) ط/ دار صادر.

(٢) الحاوي الكبير للماوردي (٢٩٩/١٧) ط/ دار الكتب العلمية بيروت.

يد المدعى عليه أو في ذمته^(١).

وسوف تكون لنا وقفة إن شاء الله تعالى مع التقادم، ومدته، وشروطه، في مبحث خاص وذلك عند الكلام على حالات إنهاء المنازعات.

أما باعتبار تنوع الشيء المدعى فهناك دعاوى التهمة ودعاوى غير التهمة وذلك بالنظر إلى الفعل الذي قام به المدعى عليه من كونه محرماً كالقتل، أو قطع الطريق، أو غير محرم.

ثم إن المدعى به قد يكون عيناً، أو ديناً، أو حقاً شرعياً محضاً.

ومن جهة أخرى قد يكون المدعى به حقاً أصلياً وقد يكون يداً وتصرفاً فإن الحيازة مصلحة شرعية يرعاها الشارع ويحميها إلى أن يتبين ارتكازها على سبب باطل فلا يعترف بها حينئذ، لذلك صرح كثير من الفقهاء بأن اليد [الحيازة] حق مقصود للإنسان فيصح أن تُطلب بالدعوى^(٢).

ثم إن هناك دعاوى أخرى كالمطالبة بدفع التعرض من كل ما يُستتضر به صاحب الحق المدعى إما بمد اليد إلى ملكه، أو بما يمنعه من التصرف،

(١) الفروق للقرافي (٧٤/٤)، حاشية الخرشى على مختصر خليل (٢٨٥/٧) ط /

بوراق حاشية رد المختار على الدر المختار (٥٣١/٤، ٥٤٤) ط / الحلبي،

الفتاوى الحامدية (٣/٢) طبع الأميرية طبعة ثانية سنة ١٣٠٠ هـ.

(٢) المبسوط (٣٥/١٧) دار المعرفة بيروت، العناية على الهداية (٢٧٠/٨) الحلبي

المقدمات والممهدات (٣١٨/٢) مطبعة السعادة، بلغة السالك على الشرح

الصغير (٣١٠/٢).

أو بملازمته عليه، وقطعه عن أشغاله^(١).

ثم تنقسم الخصومة باعتبار الخصوم إلى:

(أ) ما يكون الخصم فيه منفرداً وهو الذي لا يحتاج إلى حضور خصم آخر معه كمن يترتب على إقراره حكم فهو خصم في حالة إنكاره.

(ب) الخصومة التي تحتاج إلى حضور طرف آخر كمسائل الوديعة والعارية، والإجارة، والرهن، والغصب، ونظائرها^(٢).

ضابط الخصومة:

في المدعى: إذا ادعى أحد شيئاً وكان يترتب على إقراره حكم إذا أقر فإنه يكون بإنكاره خصماً في الدعوى، وفي المدعى عليه إذا كان لا يصح إقرار المدعى عليه أي في حالة إقراره فبإنكاره لا يكون خصماً في الدعوى^(٣) (إقرار الصبي والمجنون لا يترتب على إقراره حكم).

(١) الحاوي للماوردي (٣٠٠/١٧) وما بعدها ط/ دار الكتب العلمية، الأشباه

والنظائر للسيوطي (ص ٥٠٧، ٥٠٨) ط/ دار الكتب العلمية بيروت.

(٢) الفتاوى الهندية (٣٦/٤) ط/ دار المعرفة بيروت، درر الحكم شرح مجلة

الأحكام (١٩٩/١٤).

(٣) مواهب الجليل (١٢٦/٦)، تبصرة الحكم (١٥٣/١) درر الحكم

(٢٠٠/١٤).

المبحث الثالث

أهمية التسوية القائمة على الرضا من الطرفين للمنازعات في الشريعة الإسلامية

إن مبدأ التسوية السلمية للمنازعات مبدأ منصوص عليه في مصادر الشريعة وأحكامها فالسلام شعار الإسلام حتى ولو كان يقال بقصد التُّقْيَةِ^(١) فإن السلام مطلب ديني مقدس وعلى جميع المسلمين أن يلبوا داعية وأي رفض لنداء السلام يُعدُّ تجاوزاً غير مقبول لا تقره شريعة الإسلام.

(١) التقية اسم مصدر من الاتقاء يقال اتقى الرجل الشيء يتقيه إذا اتخذ ساترا يحفظه من ضرره، لسان العرب (٤٩٠١/٦) مادة وقى ط/ دار المعارف. وفي الاصطلاح إتقاء العباد بعضهم بعضاً قال الإمام السرخسي أن بقي الإنسان نفسه بما يظهره وإن كان يضمّر خلافه وقال ابن حجر التقية الحذر من إظهار ما في النفس من معتقد وغيره للغير، المبسوط (٤٥/٢٤) بيروت، فتح الباري لابن حجر (٣١٤/١٢) ط/ المكتبة السلفية.

وحكمها الحظر وجوازها للضرورة فتباح بقدر الضرورة قال الإمام القرطبي والتقية لا تحل إلا مع خوف القتل أو القطع أو الإيذاء العظيم ولم ينقل ما يخالف ذلك فيما نعلم إلا ما روى عن معاذ بن جبل من الصحابة ومجاهد من التابعين.

والأدلة على مشروعيّتها كثيرة منها قوله تعالى: ﴿مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَلَكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِنَ اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ﴾ [النحل: ١٠٦]، تفسير القرطبي (٣٨٠٦/٦) ط/ دار الريان.

فنصوص الشريعة الإسلامية تدعوا إلى الوفاق والمصالحة بين الناس وترك المنازعة والعداوة والخصومة والمقاتلة^(١). فإن الله تبارك وتعالى يبين للرسول الكريم ﷺ - وهو القدوة الحسنة - المنهج في قوله تعالى: ﴿ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحُكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ وَجَدِلْهُمْ بَالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [النحل: ١٢٥].

فهذه الآية الكريمة تبين منهج الدعوة إلى الله ونشر الرحمة التي هي أرقى وأشمل من السلام عن طريق الحكمة والمجادلة بالحسنى وكلها وسائل تنطوي على المصالحة.

ويدعو القرآن الكريم إلى ترك الفرقة والانحياز إلى الجماعة حيث يقول تعالى: ﴿وَأَعْتَصِمُوا بِحَبْلِ اللَّهِ جَمِيعًا وَلَا تَفَرَّقُوا﴾ [آل عمران: ١٠٣]. قال ابن مسعود^(٢) رحمه الله المراد الجماعة.

يقول الإمام القرطبي^(٣) رحمه الله فإن الله يأمر بالألفة وينهى عن الفرقة فإن

(١) الجامع لأحكام القرآن الكريم للإمام القرطبي (٢/٨٣٠، ٨٣١) ط/ دار الريان.

(٢) هو الصحابي الجليل عبد الله بن مسعود بن غافل بن حبيب بن مخزوم كان من السابقين الأولين شهد بدرًا وهاجر المجرتين وكان نحيفًا قصيرًا شديد الأدمة توفي سنة ٣٢ هـ. الإصابة (٧/٢٠٩)، طبقات ابن سعد (٣/١٠٦)، الاستيعاب (٧/٢٠).

(٣) الإمام محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج أبو عبد الله الأنصاري القرطبي المفسر سمع من الشيخ أبي العباس أحمد بن عمر القرطبي من مؤلفاته الجامع

الفرقة ملكة والجماعة نجاة ورحم الله ابن المبارك^(١) حيث قال:

إن الجماعة جل الله فاعتصموا

منه بعروته الوثقى لمن دانا

وقوله ﴿وَلَا تَفَرَّقُوا﴾ أي وكونوا في دين الله إخواناً فيكون

ذلك منعاً لهم عن التقاطع والتدابير^(٢) ودلّ عليه ما بعده وهو

قوله تعالى: ﴿وَاذْكُرُوا لِلَّهِ عَلَيْكُمْ إِذْ كُنْتُمْ أَعْدَاءً فَأَلَّفَ بَيْنَ قُلُوبِكُمْ

فَأَصْبَحْتُمْ بِنِعْمَتِهِ إِخْوَانًا﴾ [آل عمران: ١٠٣].

فأوجب الله تعالى علينا التمسك بكتابه وسنة نبيه، والرجوع إليهما

عند الاختلاف وأمرنا بالاجتماع على الكتاب والسنة اعتقاداً وعملاً

لأحكام القرآن، والأسنى في شرح أسماء الله الحسنى وكتاب التذكرة وغير

ذلك الكثير توفي بمعية الخصيب في شوال سنة ٦٧١ هـ. يراجع شجرة النور

الذكية (١٩٧/١)، الديباج المذهب (٣٠٨/٢).

(١) عبد الله بن المبارك بن واضح الحنظلي التميمي الحافظ شيخ الإسلام المجاهد

صاحب التصانيف والرحلات أفنى عمره في الإسفار حاجاً ومجاهداً وتاجراً

وجمع الحديث والفقه والعربية كان من سكان خراسان ولد سنة ١١٨ هـ

وتوفي سنة ١٨١ هـ. يراجع الأعلام للزركلي (١١٥/٤)، شذرات الذهب

(ط/٢٩٥)، تذكرة الحفاظ (٢٥٣/١).

(٢) تفسير القرطبي (١٤٠٦/٣) ط/ دار الريان.

وذلك سبب اتفاق الكلمة وانتظام الشتات الذي يتم به مصالح الدنيا والدين، السلامة من الاختلاف وأمر بالاجتماع ونهى عن الافتراق الذي حصل لمن كان قبلنا، وأمرنا بتذكر نعمته وأعظمها الإسلام واتباع محمد -عليه السلام- فإن به قد زالت العداوة والفرقة وكانت المحبة والألفة^(١).

وكل ذلك مرجعه إلى الأخلاق فإن الألفة ثمرة حسن الخلق والتفرق ثمرة سوء الخلق، فحسن الخلق يوجب التحاب والتآلف والتوافق، وسوء الخلق يثمر التباغض والتحاسد والتدابير^(٢).

ولقد مدح الله العفو عن الناس والعافين وجعلهم من المتقين فقال تعالى: ﴿الَّذِينَ يُنْفِقُونَ فِي السَّرَّاءِ وَالضَّرَّاءِ وَالْكَبِيرِ وَالْغَيْظِ وَالْعَافِينَ عَنِ النَّاسِ وَاللَّهُ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ﴾ [آل عمران: ١٣٤].

فكظم الغيظ رده إلى الجوف، يقال كظم الرجل غيظه إذا اجترعه، وكظم يكظم كظماً رده وحبسه فهو رجل كظيم^(٣).
والعفو عن الناس من أجل ضروب فعل الخير حيث يجوز للإنسان أن يعفو حيث يتجه حقه.

هذا وقد وردت في فضل كظم الغيظ والعفو عن الناس أحاديث كثيرة منها:

(١) تفسير القرطبي (٣/١٤٠٦).

(٢) آداب الصحبة والمعاشرة للإمام الغزالي (ص ١٤٩) ط/ بغداد.

(٣) لسان العرب (٥/٢٨٨٦) وما بعدها.

ما رواه أبو هريرة^(١) رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «ليس الشديد بالصرعة إنما الشديد الذي يملك نفسه عند الغضب»^(٢).
وقال ﷺ: «من كظم غيظاً وهو يستطيع أن ينفذه دعاه الله يوم القيامة على رؤوس الخلائق حتى يخيره في أي الحور شاء»^(٣).

(١) الصحابي الجليل أبو هريرة عبد الرحمن بن عامر بن ذي الشرمي بن طريف الدوسي كان اسمه في الجاهلية عبد شمس بن صخر فسماه النبي ﷺ عبد الرحمن وكناه بأبي هريرة وهو أكثر الصحابة رواية للحديث توفي سنة ٥٧ هـ وقيل سنة ٥٨ هـ.

يراجع أسد الغابة (٣١٨/٦، ٣١٩)، سير أعلام النبلاء (٥٧٨/٢)، الأعلام (٣٠٨)، الإصابة (٢٠٢/٤).

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي باب فضل من يملك نفسه عند الغضب حديث رقم (٢٦٠٩؛ ١٣٩/٨) ط/ دار الفكر.

(٣) رواه أبو داود في سننه حديث رقم (٤٧٧٧؛ ٢٤٨/٤) ط/ إحياء التراث العربي.

المبحث الرابع نظرية السّلم الاجتماعي في الشريعة الإسلامية، ونماذج من التطبيق العملي لقواعد السّلم في الإسلام

تعريف السّلم: السّلم والسّلم الصلح، يفتح، ويكسر.

والسّلم الاستسلام، والتسالم التصالح، والمسالمة المصالحة، والتسليم بذل
الرضا بالحكم، والتسليم السلام^(١).

وقال الإمام الكسائي^(٢) السّلم والسّلم بمعنى واحد، وكذا هو عند أكثر
البصريين وهما جميعاً يقعان للإسلام والمسالمة.

وفرق أبو عمرو بن العلاء^(٣) بينهما فالكسر بمعنى الإسلام، والفتح
بمعنى المسالمة^(٤). وأنكر المبرد^(٥) هذه التفرقة^(٦).

(١) لسان العرب (٢٠٧٧/٣)، المعجم الوجيز (٣١٩/١) ط/ مجمع اللغة العربية.

(٢) أبو الحسن علي بن حمزة الكسائي الكوفي النحوي مؤسس مدرسة الكوفة
النحوية توفي سنة ١٨٩هـ. غاية النهاية (٥٣٥/١).

(٣) أبو عمرو بن العلاء زيان بن العلاء بن عمار بن عبد الله بن إلياس بن مضر أبو
عمرو التميمي المازني البصري، كان أعلم الناس بالعربية، والغريب، والقرآن،
والشعر، وأيام العرب توفي سنة ١٥٤هـ، غاية النهاية (٢٨٨/١)، (٢٩٢).

(٤) حجة القراءات للإمام أبي زرعة (ص ١٣٠) مؤسسة الرسالة.

(٥) محمد بن يزيد بن عبد الأكبر المعروف بالمبرد إمام العربية ببغداد في زمنه، من مؤلفاته

الكامل، والمقتضب، وشرح لأمية العرب، وإعراب القرآن وغير ذلك، ولد سنة

٢١٠هـ وتوفي سنة ٢٨٦هـ. الأعلام (١٤٤/٧)، وفيات الأعيان (٤٩٥/١).

(٦) تفسير القرطبي (٨٣٠/٢).

وقال الجوهري^(١) السلام الصلح يفتح ويكسر، ويذكر ويؤنث، وأصله من الاستسلام والانقياد ولذلك قيل للصلح سلم^(٢).
ورجح الطبري^(٣) حمل اللفظ على معنى الإسلام^(٤).
من خلال ما سبق يتبين لنا أن السلم معناه الانقياد الظاهر والباطن للتكاليف الشرعية، ولين الجانب للآخرين والمسألة لهم.

نظرية السلم في الإسلام

ونظراً لمكانة السلم في الإسلام كانت تحية المسلمين هي السلام وذلك تقديرًا لشأنه وإعلاءً لكلمته، وما أكثر النصوص التي تدعوا المسلمين إلى السعي نحو السلم والانحياز إليه حتى مع الأعداء فما بالك مع بعضهم البعض لا شك سيكون الأمر أكثر حُضًا وأشد طلبًا.
قال تعالى: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا ادْخُلُوا فِي السِّلْمِ كَآفَّةً وَلَا تَتَّبِعُوا

(١) إسماعيل بن حماد الجوهري أبو نصر من أئمة اللغة، أشهر كتبه الصحاح، وكتاب العروض ومقدمه في النحو توفي سنة ٣٩٣ هـ. الأعلام (١/٣١٣)، معجم الأدباء (٢/٢٦٩).

(٢) تاج اللغة وصحاح العربية للجوهري (٥/١٩٥١) ط/ دار العلم للملايين.

(٣) محمد بن جرير الطبري المحدث المفسر المؤرخ المولود سنة ٢٢٤ هـ ولد بطبرستان واستوطن بغداد، من تصانيفه جامع البيان في تأويل آي القرآن، وتاريخ الأمم والملوك، وغيرهما توفي سنة ٣١٠ هـ. البداية والنهاية (١١/١٤٥)، سير أعلام النبلاء (١٩/٢٠٦).

(٤) تفسير الطبري (٢/١٨٧، ١٨٨) ط/ دار المعرفة.

خُطُوتِ الشَّيْطَانِ ﴿البقرة: ٢٠٨﴾.

إن نظرية السلم في الإسلام أساسية وليست فرعية نظراً لعالمية الإسلام فهو يهدف إلى تحقيق الخير للبشرية، فرسالته ﷺ أخلاقية بمعنى الحق والعدل في الأرض والرحمة قال تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾ [الأنبياء: ١٠٧].

إن النظام الاجتماعي في البلاد الإسلامية يقوم على أسس أخلاقية إسلامية بحثة ويصطبغ في كل مظاهره بصبغة الإسلام، فالإسلام هو النظام الذي اختاره الله للبشر ليقيموا حياتهم عليه ويقوموها به، وليحييهم به حياة طيبة، وليسعدهم به في الدنيا والآخرة.

فأقام المجتمع على أساس متين من الأخوة الإسلامية التي توحد اتجاهاتهم وتقوي صفوفهم وتحملهم على التعاون والبر والتراحم وفي هذا المعنى يقول عز وجل: ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ﴾ [الحجرات: ١٠].

وبعد أن أقام الإسلام المجتمع على أساس الأخوة أوجب على المسلمين الاتحاد والالتفاف حول راية القرآن، وحرّم عليهم الفرقة والتنازع ليكونوا يداً واحدة ولساناً واحداً، وأوصاهم إذا تنازعوا في شيء أن يردوه إلى الله والرسول حتى لا يكون هناك سبيل للتراع والاختلاف، وحتى تظل الوحدة قائمة، والصفوف سليمة فقال تعالى: ﴿وَلَا تَنَزَعُوا فَتَفْشَلُوا وَتَذْهَبَ رِجَاكُمْ﴾ [الأنفال: ٤٦].

فأقام المجتمع على الأخلاق الفاضلة، والفضائل الإنسانية العليا، فيوجب

على المسلمين التحلي بالأخلاق الحسنة، والتخلي عن الرذائل، ليكون المجتمع المسلم مجتمعاً فاضلاً مثالياً وكل ذلك من خلال أسس أهمها:

(١) أن المسلم إذا دعا إلى الإسلام فليكن ذلك بالحكمة والموعظة الحسنة، وإذا جادل غيره جادله بالحسنى قال تعالى: ﴿ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحُكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ وَجَدِلْهُمْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ [النحل: ١٢٥].

(٢) وليس للمسلم أن يجهر بالسوء من القول إلا إذا ظلم قال تعالى: ﴿لَا تُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ﴾ [النساء: ١٤٨].

(٣) وليس للمسلم أن يظن بأخيه الظنون، ولا أن يأخذه بالظن، ولا أن يتجسس عليه ولا أن يغتابه قال تعالى: ﴿يَتَأْتِيَ الَّذِينَ ءَامَنُوا أَجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ وَلَا تَجَسَّسُوا وَلَا يَغْتَبِ بَعْضُكُم بَعْضًا﴾ [الحجرات: ١٢].

(٤) وعلى المسلم أن يعفو عمن ظلمه، ويعطي من حرمه، وأن يأمر بالمعروف ويعرض عن الجاهلين قال تعالى: ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾ [الأعراف: ١٩٩].

(٥) وعليه أن يدفع عن نفسه بالتي هي أحسن فإن ذلك أقرب إلى أن يحول العداوة إلى صداقة ويقرب بين القلوب قال تعالى: ﴿ادْفَعْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ فَإِذَا الَّذِي بَيْنَكَ وَبَيْنَهُ عَدَاوَةٌ كَأَنَّهُ وَلِيٌّ حَمِيمٌ﴾ [فصلت: ٣٤].

قال الإمام القرطبي نسخت بآية السيف وبقي المستحب من ذلك حسن العشرة والاحتمال والإغضاء.

وقال ابن عباس^(١) ادفع بحلمك جهل من يجهل عليك، وعنه أيضاً قال هو الرجل يسب الرجل فيقول الآخر إن كنت صادقاً فغفر الله لي، وإن كنت كاذباً فغفر الله لك.

وقال مجاهد^(٢) يعني السلام إذا لقي من يعاديه، وقال القاضي ابن العربي^(٣) هو المصافحة^(٤).

وقال ابن عباس: أمر الله رسوله في هذه الآية بالصبر عند الغضب، والحلم عند الجهل، والعفو عن الإساءة، فإذا فعل الناس ذلك عصمهم الله

(١) الصحابي الجليل عبد الله بن عباس بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف القرشي الهاشمي ابن عم النبي ﷺ ولد والنبي ﷺ بالشعب من مكة قبل الهجرة بثلاث سنين، حبر الأمة وترجمان القرآن، كان يجلس يوماً للفقهاء ويوماً للتأويل ويوماً للمغازي ويوماً للشعر، استعمله علي بن أبي طالب رضي الله عنه على البصرة أميراً، وشهد مع علي صفين توفي سنة ٩٨ هـ بالطائف. أسد الغابة (٢٩٠/٣) وما بعدها، الإصابة (٣٣٠/٢)، سير أعلام النبلاء (٣٣١/٣).

(٢) مجاهد بن جبير أبو الحجاج مولى من بني مخزوم تابعي مفسر من أهل مكة قال عنه الذهبي شيخ القراء والمفسرين. استقر في الكوفة توفي وهو ساجد سنة ١٠٤ هـ. حلية الأولياء (٢٧٩/٣)، ميزان الاعتدال (٩/٣).

(٣) محمد بن عبد الله بن محمد المعافري الإشبيلي المالكي أبو بكر بن العربي ولد في إشبيلية سنة ٣٦٨ هـ ورحل إلى المشرق، بلغ رتبة الاجتهاد في علوم الدين، وولى قضاء إشبيلية توفي سنة ٤٤٣ هـ، من مؤلفاته أحكام القرآن، العواصم من القواصم، وعارضة الأحوذ في شرح الترمذي. الدياج المذهب.

(٢/٢٥٢)، شجرة النور (ص ١٢٦)، وفيات الأعيان (١/٤٨٩).

(٤) أحكام القرآن لابن العربي (٤/١٦٥١) ط/ عيسى الحلبي.

من الشيطان، وخضع لهم عدوهم^(١).

(٦) وعلى المسلم أيضاً أن يصلح بين الناس قال تعالى: ﴿فَأَصْلِحُوا

بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ﴾ [الحجرات: ١٠].



وهذا قليل من كثير من الفضائل العليا التي جاء بها الإسلام، وألزم المسلمين التحلي بها.

هذا وقد جعل لهم في رسولهم أسوة حسنة قال تعالى: ﴿لَقَدْ كَانَ لَكُمْ

فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ﴾ [الأحزاب: ٢١].

فإذا ساروا على نهجه، واتخذوا من أفعاله وأقواله وأخلاقه أسوة فقد أفلحوا وبلغوا ذروة الفضل، وقد وضع لهم في كثير من أحاديثه ما ينبغي أن يكون المسلم عليه مع أخيه المسلم، وكلها دعاوى واضحة جليلة حتى يعم السلم بين المسلمين فيسود الاستقرار والطمأنينة بين الناس فيقول ﷺ: «المسلم من سلم المسلمون من لسانه ويده»^(٢).

ومعناه أنه لم يؤذ مسلماً بقول ولا فعل، فيكون مسلماً لأخيه المسلم، وفيه الكف عما يؤذ المسلمين بقول، أو فعل مباشرة، أو سب، والإمساك عن احتقارهم، وفيه الحث على تألف قلوب المسلمين، واجتماع

(١) تفسير القرطبي (٥٨٠/٦/٨) ط/ دار الريان كتاب الشعب.

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي - باب تفاضل الإسلام وأي أمره أفضل

حديث رقم (٤١/١/١١) ط/ دار الفكر.

كلمتهم، وتوادهم، واستحباب ما يُحصّل ذلك.

قيل: والألفة إحدى فرائض الدين، وأركان الشريعة، ونظام شمل الإسلام^(١).

(٧) ثم يوضح في نسق بديع، ونظام حكيم، علاقة المسلم بأخيه فيقول ﷺ: «المسلم أخو المسلم لا يظلمه، ولا يسلمه، من كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته، ومن فرّج عن مسلم كربة فرّج الله عنه بها كربة من كرب يوم القيامة ومن ستر مسلماً ستره الله يوم القيامة»^(٢).

(٨) ثم يوضح علاقة المسلم بجاره فيقول ﷺ: «والذي نفسي بيده لا يؤمن عبد حتى يحب لجاره (أو قال لأخيه) ما يحب لنفسه»^(٣).

ثم يوضح في حديث آخر أن عدم إيذاء الجار سبب لدخول الجنة فيقول ﷺ: «لا يدخل الجنة من لا يأمن جاره بوائقه»^(٤).

ويقول ﷺ: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليقل خيراً أو ليصمت ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره، ومن كان

(١) شرح النووي على صحيح مسلم (١/١٠، ١١) ط/ دار الفكر.

(٢) صحيح مسلم باب تحريم الظلم حديث رقم (٢٥٨٠)، مسلم بشرح النووي (١١٥/٨).

(٣) صحيح مسلم يشرح النووي (١/١٥) باب إن من خصال الإيمان أن يحب لأخيه المسلم ما يحب لنفسه من الخير حديث رقم (٤٥).

(٤) مسلم بشرح النووي باب تحريم إيذاء الجار حديث رقم (٤٦ - ١٦/١).

يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم ضيفه»^(١).

أما من يخرج عن هذا النهج، ويسلك طريقاً غير هذا الطريق المستقيم، فإن مصيره يكون الطرد والخروج والإبعاد عن جماعة المسلمين قال ﷺ: «من سل على المسلمين سيفاً فليس منا»^(٢).

وبعد

فهذه بعض ملامح نظرية السلم في الإسلام كما وضحتها القرآن الكريم وجلتها السنة النبوية المطهرة، وقد رأيناها نظرية كاملة شاملة تعم جميع الجوانب الحياتية للإنسان، وجاء ذلك من منطلق عالمية الإسلام، وشمولية الرسالة المحمدية.

فأي نظام غير الإسلام وضع أسساً وقوانين تحفظ للبشرية كرامتها وللإنسانية حرمتها، وترقى بالإنسان إلى أرفع منزلة، إنه دين الله الخالد، وشريعته الباقية الدائمة.

إن الإسلام دين عام، يدعو البشرية جميعاً إلى الأخوة، والمحبة، والتسامح وكان اليهود يسلمون على النبي ﷺ فيرد عليهم السلام حتى كان من بعض سفهائهم تحريف السلام بلفظ السام أي الموت فكان النبي

(١) صحيح مسلم بشرح النووي باب الحث على إكرام الجار والضيف ولزوم الصمت إلا عن الخير وكون ذلك كله من الإيمان حديث رقم (٤٧) - (١٦/١) ط/دار الفكر.

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي باب قول النبي ﷺ من حمل على المسلمين السلاح فليس منا حديث رقم (٩٩ - ٨٩/١).

ﷺ يحییهم بقوله وعليکم، وسمعت السيدة عائشة رضي الله عنها^(١) واحداً منهم یقول للنبي ﷺ: "السام عليك"، فقالت له: "وعليك السام واللعنة"، فانتهرها عليه السلام مبيناً لها أن المسلم لا یكون فاحشاً ولا سباباً وأن الموت علینا وعليهم^(٢).

وما أبلغ التطبيق العملي لتلك المبادئ والأسس التي حضّ عليها الإسلام من الدعوى إلى الصلح والانحياز إلى الوفاق والالتئام.

﴿ من ذلك ما روى [أنه لما تنازع كعب بن مالك^(٣) وعبد الله بن أبي حدر^(٤) في دين كان علی ابن أبي حدرد أصلح رسول الله ﷺ بينهما بأن

(١) أم المؤمنین عائشة بنت أبي بكر الصديق ﷺ من قريش أفقه نساء العالمین تكنی بأم عبد الله تزوجها النبي ﷺ في السنة الثانية بعد الهجرة كانت أكثر نسائه ﷺ رواية للحديث ولها خطب ومواقف توفيت سنة ٥٨ هـ. أعلام النساء (٧٦٠/٢)، حلية (٣٤١/٢).

(٢) أخرجه البخاري كتاب الأدب، باب لم یکن النبي ﷺ فاحشاً ولا متفحشاً (١٥/٨)، وكتاب الاستئذان، باب كيف یرد علی أهل الذمة السلام (٧٠/٨)، (٧١)، ومسلم كتاب السلام باب النهي عن ابتداء أهل الكتاب بالسلام وكيف یرد عليهم (١٧٠٦/٤، ١٧٠٧).

(٣) كعب بن مالك بن عمرو الأنصاري السلمي الخزرجي صحابي من أهل المدينة كان من شعراء الإسلام وشهد أكثر الوقائع ثم كان من أصحاب عثمان ﷺ عاش سبعاً وسبعين سنة وله ثمانون حديثاً وديوان شعر توفي سنة ٥٠ هـ.

الأعلام (٢٢٨، ٢٢٩)، الإصابة ترجمة رقم (٧٤٣٣).

(٤) عبد الله بن أبي حدرد الأسلمي واسم أبي حدرد سلامة بن عمير بن أبي سلامة

استوضع من دين كعب الشطر، وأوجب على غريمه قضاء الشطر
الباقي^(١).

«وعندما تنازع رجلان في مواريث بينهما قد درست^(٢) ليس بينهما
بينة فقال رسول الله ﷺ: [إنكم تختصمون إليّ، وإنما أنا بشر، ولعل
بعضكم الحن بحجته من بعض، وإنما أنا أقضي بنحو ما أسمع فمن قضيت
له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار يأتي به
أسطاما^(٣) في عنقه فبكى الرجلان وقال كل منهما حقى لأخي فقال النبي
ﷺ: أما إذا قلتما ذلك فاذهبا فاقتما ثم توخيا الحق ثم استهما ثم ليحلل
كل واحد منكما صاحبه]^(٤).

«وقد ورد عن عمر بن الخطاب^(٥) ﷺ أنه قال: [ردوا الخصوم حتى

=

بن سعد بن الحارث له صحبة وأول مشاهدة الحديدية وخير وما بعدهما توفي
سنة ٧١ هـ عن إحدى وثمانين سنة. أسد الغابة (٣/٢١٠، ٢١١).

(١) صحيح البخاري كتاب الصلاة باب التقاضي والملازمة في المسجد.

ومسلم بشرح النووي (١٠/٢٢٠) دار الفكر.

(٢) درست: مضى عليها زمن طويل وهي غير قائمة.

(٣) السطام المراد به الحديدية التي تسعر بها النار أي يأتي حاملاً لها مع أثقال.

(٤) وأصله في الصحيحين ولفظه لأبي داود سنن أبي داود (٣/٣٠٢) كتاب

القضاء باب في قضاء القاضي إذا أخطأ، وسنن الدارقطني (٤/٢٣٩) ط/ دار

المحسن.

(٥) أمير المؤمنين عمر بن الخطاب بن نفيل القرشي العدوي، ثاني الخلفاء

يصطلحوا فإن فصل القضاء يورث بينهم الضغائن^(١).

فهل هناك شريعة أو قانون يحرص على الإنسان بهذه الصورة الجميلة الواضحة.

الراشدين، وأول من لقب بأمر المؤمنين، الخليفة العادل، أسلم قبل الهجرة بخمس سنين، وشهد الوقائع وفتح الله على يده كثير من البلاد، قتله أبو لؤلؤة سنة ٢٣هـ.

أسد الغابة (١٤٥/٤)، وفيات الأعيان (٤٣٦/٣)، الأعلام (٤٦/٥).

(١) أخرجه البيهقي (٦٦/٦) كتاب الصلح باب ما جاء في التحلل، ومصنف عبد

الرزاق (٣٠٣/٨) رقم (١٥٣٠٤).

المبحث الخامس حالات إنهاء المنازعات التي لا دخل للخصوم فيها

من المعلوم لدى فقهاء الشريعة الإسلامية أن النهاية الطبيعية للدعوى والمنازعة هي صدور حكم قضائي في موضوعها يحسم النزاع بحيث لا يقبل بعد ذلك إثارته، غير أنها قد تنتهي بعارض من العوارض يضع حداً للخصومة قبل وصولها إلى تلك النهاية الطبيعية، وقد يكون هذا العارض ظرفاً طرأت لم يكن للخصوم دخل فيها كالوفاة التي تنقضي بها الخصومة، وكذلك اتحاد الذمة أو انعدام موضوع النزاع، وقد يكون ذلك بسبب أعمال إدارية صدرت عن الخصوم تفيد رغبتهم في التنازل عن النزاع موضوع الخصومة ويكون ذلك في حالات الصلح ونزول المدعى عن دعواه، وتسليم المدعى عليه بها وغير ذلك^(١).

من حالات إنهاء المنازعات "الوفاة"

والوفاة في اللغة: التمام والكمال، يقال وفي الشيء تم، وأوفاه حقه أتمه ولم ينقصه قال تعالى: ﴿اللَّهُ يَتَوَفَّى الْأَنْفُسَ حِينَ مَوْتِهَا﴾ [الزمر: ٤٢].
أي يستوفي مدد آجالهم في الدنيا^(٢).

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون (٤٨/٢)، المبسوط (٦١/١٦) دار المعرفة بيروت،
التاج والإكليل للمواق على مواهب الجليل للحطاب شرح مختصر خليل
(١٣٣/٦).

(٢) المعجم الوجيز (ص ٦٧٦، ٦٧٧)، تفسير ابن كثير (٥٩/٤) ط/ السعودية.

والمراد بها في الاصطلاح: مفارقة الروح للجسد وتثبت بالأمارات المعروفة عند أهل الخبرة والأطباء.

فأمارات الموت معروفة، ذكر بعضها في حديث أم سلمة^(١) رضي الله عنها قالت: (دخل رسول الله ﷺ على أبي سلمة وقد شقَّ بصره فأغمضه وقال إن الروح إذا قبض تبعه البصر)^(٢).

وذكر الفقهاء من أمارات الموت شحوص البصر، وانقطاع النفس، وانفراج الشفتين وسقوط القدمين، وانفصال الزندين، وميل الأنف، وامتداد جلدة الوجه وانخساف الصدغين، وتقلص الخصيتين مع تدلي جلدتهما^(٣).

(١) أم سلمة هند بنت أمية بن المغيرة بن عبد الله بن عمر بن مخزوم القرشية المخزومية قيل اسمها رملة تزوجها أبو سلمة بن عبد الأسد المخزومي وكانت هي وزوجها أول من هاجر إلى الحبشة، ولما توفي أبو سلمة تزوجها النبي ﷺ وكان ذلك في السنة الثالثة من الهجرة، روت أحاديث كثيرة عن النبي ﷺ توفيت سنة ٥٦ هـ ودفنت بالبيع، أسد الغابة (٢٨٩/٧) ترجمة رقم (٧٣٣٥)، الإصابة (٤٠٧/٤).

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي باب في إغماض الميت والدعاء له إذا حضر حديث رقم (٦٢٠ ١٩٦/٣) ط/ دار الفكر.

(٣) حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين (١٨٩/٢)، حاشية الخرشي (١٢٢/٢)، المجموع (١٠٦/٥) ط/ الإمام بمصر، المغني (٣٧٥/٢) نشر مكتبة الثقافة، المنشور في القواعد للزركشي (١٠٧/٢) ط/ وزارة الأوقاف.

والوفاة حادث عظيم يعرض للإنسان فيبطل إرادته، ويزيل قدرته. بعجزه عجزاً كلياً عن أداء ما وجب أو ما كان يجب عليه من التكاليف الشرعية والالتزامات، فالموت عارض من عوارض الأهلية يهدم الذمة ويخرّبها أو يضعفها على اختلاف الأقوال.

فيسقط به حق المطالبة عن الميت، فالموت سبب لقطع العلاقات والروابط والتراعات بين الميت وبين الناس والتي كانت قد نشأت حال حياته.

والآثار التي تنشأ عن وفاة الإنسان لتشعب لتشمل شئون حياته مما كان حقاً له على الآخرين، أو واجبا عليه من حقوق الله وحقوق العباد، وسواء كانت هذه الحقوق نشأت بإرادته واختياره، أم حصلت بحكم الشرع خارجاً عن إرادته واختياره.

وقد صرح الفقهاء أن من شروط الدعوى أن تكون ذات غرض صحيح بأن يترتب عليها نفع معتبر شرعاً فلا تكون عبثاً.

وقالوا إن الخصومة تنقضي انقضاءً موضوعياً بغير إرادة الخصوم إذا أصبح المدعى لا مصلحة له في متابعة السير في الدعوى، وذلك كما إذا توفي الصغير المتنازع على حضنته، فيصبح الاستمرار في الدعوى حينئذ غير مفيد بل تضييعاً للوقت، وكذلك إذا توفي الرجل الذي تطلب الزوجة الحكم بتطليقها منه، وبذلك تنقضي المصلحة في استمرار نظر الدعوى فتفقد الدعوى شرطاً من شروطها^(١).

(١) الفروق للإمام القرافي (٧٢/٤)، تهذيب الفروق (١١٧/٤)، تبصرة الحكام

إلا أن الوفاة وإن كانت مسقطاً للخصومة، وقاطعة للتزاع بين طرفي الخصومة (المدعى والمدعى عليه) إلا أن الحق المتنازع عليه قد لا يسقط بالوفاة بل تنتقل المطالبة للورثة، وقد وضع الفقهاء لانتقال الحقوق إلى الورثة وبالتالي انتقال المطالبة ضوابط اتفقوا عليها في الجملة، وهي ضوابط معقولة تقتضيها القواعد الفقهية والمنطق السليم .

فقال الأحناف: إن كل ما يعتبر مالاً مملوكاً للمورث في حياته، أو تابعاً للأموال فإنه ينتقل بوفاته إلى الوراث وكل ما كان متعلقاً بإرادته ومشيئته^(١) فلا ينتقل^(٢).

وقال المالكية: إن الورثة يرثون المال فيرثون ما يتعلق به تبعاً له، أو ما يدفع ضرراً عن الوارث في عرضه بتخفيف ألمه، ولا يرثون عقله، ولا شهوته، ولا نفسه ولا إرادته فلا يرثون ما يتعلق بذلك^(٣).

وقال الشافعية: إن ما كان تابعاً للنال يورث وكذلك ما يرجع للتشفي لأنه قد يؤؤل إلى المال^(٤) ولا تورث الحقوق مجردة ابتداءً^(٥).

=

(١/١٤٧)، حاشية قرّة عيون الأخيار لابن عابدين (١/٣٨٠، ٣٨١) ط/ الحلبي.

(١) وذلك كحق الشفعة مثلاً.

(٢) حاشية ابن عابدين (٥/٤٨٦) الحلبي.

(٣) الفروق للقرافي (٣/٢٧٦).

(٤) وذلك كالقصاص فقد يؤؤل إلى المال عندما يعفو الولي إلى الدية.

(٥) المنشور في القواعد للزر كشي (٢/٥٦).

وقال الحنابلة: إن ما كان متعلقاً بالأموال أو تبعاً لها يورث، وما يتعلق بالمالك ففيه تفصيل، فإن كان المالك قد طالب به في حياته يورث، وما لم يطالب به في حياته فلا يورث^(١).

فالديون وكل ما يتعلق بالأموال تتعلق بتركة المورث ويطالب بها الورثة بخلاف غير الأموال كما إذا جنى على غيره جنابة.

الحالة الثانية "التقادم"

والتقادم في اللغة: يقال قَدُم الشيء مضى على وجوده زمن طويل، وتقادم الشيء قدم وطال العهد عليه^(٢).
واصطلاحاً: مضى مدة معينة على وجوب أداء الحق يمنع من سماع الدعوى أمام القاضي.

وقد اتفق فقهاء المسلمين وأقروا القاعدة الكلية التي تقول إن الحق لا يسقط بالتقادم^(٣) فالحق بأنواعه لا يسقط في الشريعة الإسلامية بمضي المدة مهما ترك الإنسان المطالبة بحقه فإن حقه باق لا يسقط أبداً إلا بالأداء أو الإبراء.

ومهما وضع الإنسان يده على حق إنسان آخر، ومهما مضى من مدة

(١) القواعد لابن رجب الحنبلي (ص ٣١٥، ٣١٨) ط/ دار المعرفة بيروت،

ويراجع رسالة دكتوراه بعنوان أثر الوفاة في العقود بكلية الشريعة والقانون.

(٢) المعجم الوسيط (٧٢٦/٢)، تاج العروس (١٩/٩)، المصباح المنير (٥٣٩/٢).

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ١٧٨) ط/ دار الفكر، مواهب الجليل (٢٣٠/٦)،

بلغة السالك (٣٨٠/٢) ط/ الحلبي، حاشية الدسوقي (٢٣٧/٤) ط/ الحلبي.

على وضع يده وتصرفه في الحق، فإن هذا الحق مع ذلك يبقى لصاحبه الأصلي.

إلا أن فقهاء الأحناف والمالكية مع أنهم أقرروا بهذه القاعدة، فقد منعوا المطالبة بالحق بعد مضي مدة معينة^(١).

وبتعبير آخر فإنهم منعوا القضاة من سماع الدعوى إذا مضت على وجوب رفعها مدة معينة، وعلى ذلك فإن فقهاء المذهبين الحنفي والمالكي لم يروا أن ترك المدعى حقه قبل غيره مدة مهما طالت، ومهما تصرف فيه الغير سبب لنقل الحق من صاحبه إلى الشخص المتصرف فيه، ولا يرون أن ذلك مسقط للحقوق غير أنهم قالوا غاية ما يفهم من هذه الأحوال بحسب ما سار عليه العرف، وجرت به العادة أن الدعوى بالحق في مثل هذه الظروف دعوى يكذبها الظاهر.

وعلى ذلك فاتجاه فقهاء الأحناف، والمالكية في ذلك أنهم يرون ترك المدعى المطالبة بحقه المدة المقررة مع تمكنه منها، ووجود الداعي لها وانتفاء العذر الشرعي في السكوت دليل على أنه غير محق في دعواه، فإذا ادعاه بعد ذلك لا تسمع دعواه وذلك لأن إثبات الدفع أو انتقال الحق بعد هذه المدة متعذر لإمكان موت الشهود أو نسيانهم، وسماع الدعوى حينئذ

(١) الفروق للقرافي (٧٤/٤) ط/ دار إحياء الكتب العلمية، حاشية رد المحتار

(٥٣١/٤) بلغة السالك على الشرح الصغير (٣٧٩/٢)، حاشية

الدسوقي (٢٣٣/٣)، حاشية الخرشبي (٢٤٢/٧) وما بعدها.

يفتح باب التزوير والتدليس، إلى جانب أن سكوت الدائن عن المطالبة بحقه بدون عذر يُعدّ كالإقرار المنطوق به وهذا السكوت يحمل على حصول الدفع، أو انتقال الملك لأن الغالب من الحال أنه قضاءه^(١).

وقد قضى بتغليب الأحوال عمر بن الخطاب رضي الله عنه^(٢) وقاله مالك^(٣).

أساس التقادم المانع من سماع الدعوى عند فقهاء المذهبين:

◀ الأساس عند فقهاء الحنفية:

إن المانع من سماع الدعوى المتقادمة عند الأحناف هو مضي خمس عشرة سنة أو ثلاث وثلاثين سنة على القول الراجح.

فالأول: مبني على النهي الذي صدر من ولي الأمر لقضاة المسلمين

(١) البحر الرائق (٢٤٨/٧) ط/ المطبعة العلمية، الفتاوى الحامدية (٣/٢)، الفروق

(٤/٧٣، ٧٤)، مواهب الجليل (٢٢١/٦) ط/ السعادة بمصر، تبصرة الحكام

(١/١٠١، ١٠٢)، تمذيب الفروق (١١٧/٤).

(٢) وذلك عندما أسقط الزكاة عام المجاعة، ولقضائه برفع المرأة إذا ظهر بها حمل

ولا زوج لها، وغير ذلك، تبصرة الحكام (٢/٢٩١، ٢٩٢، ٢٩٣).

(٣) الإمام مالك بن أنس بن مالك الأصبحي، الإمام الجليل، صاحب المذهب

المعروف، وعلام المدينة الذي تضرب له أكباد الإبل، مؤلفاته كثيرة أشهرها

الموطأ والمدونة وغير ذلك صاحب السلسلة الذهبية في الحديث ولد سنة

٩٣هـ وتوفي سنة ١٧٩هـ، شجرة النور (ص ٢٩)، ترتيب المدارك

(١/٦١٢)، العبر للذهبي (١/٢١٠) ط/ بيروت ويراجع في توثيق قول الإمام

مالك المدونة (٤/٧٥) ط/ دار الفكر.

بعدم سماع الدعوى بعد مضي خمس عشرة سنة عليها^(١).

أما الثاني فالمنع من سماع الدعوى بعد مضي ثلاث وثلاثين سنة بدون عذر مبني في فقه الأحناف على اجتهاد الفقهاء، وعلى ذلك فلا تسمع الدعوى شرعاً في فقه الأحناف بعد مضي ثلاث وثلاثين سنة إذا تركت بدون عذر شرعي^(٢).

لأن ترك الدعوى هذه المدة يدل على أن المدعى غير محق في دعواه وكاذب فيها والسماع إنمائه هو لتوقيع الصديق فإن تبين الكذب امتنع توقيع الصديق، والمنع من السماع يسد باب التزوير والتدليس^(٣).

(١) فقد قال السيد الحموي في حاشية الأشباه أخبرني أستاذي شيخ الإسلام يحيى أفندي الشهير المنقاري أن السلاطين الآن يأمرزون قضائهم في جميع ولاياتهم أن لا يسمعوا دعوى بعد مضي خمس عشرة سنة سوى الوقف والإرث، ونقل فتاوى في المذاهب الأربعة بعدم سماعها بعد النهي المذكور، ولكن النهي لا يبقى بعد موت السلطان الذي نهي بل لا بد لمن أتى بعده من تجديد النهي، ويكون القاضي في هذه الحالة معزولاً عن سماع تلك الدعاوى لأن القضاء يتخصص، حاشية ابن عابدين (٤١٩/٥).

(٢) المجاني الزهرية على الفواكه البدرية (ص ١٠٨) مطبعة النيل بمصر، البحر

الرائق (٢٤٨/٧)، حاشية رد المحتار على الدر المختار (٤١٩/٥) الحلبي.

(٣) المراجع السابقة ورسالة دكتوراه بعنوان عدم سماع الدعوى للتقادم.

أساس المنع من السماع عند المالكية:

قال في الرسالة^(١) ومن حاز داراً على حاضر عشر سنين تنسب إليه وصاحبها حاضر عالم لا يدعى شيئاً فلا قيام له^(٢).

وما قاله إن الحوز مقدار عشر سنين قال به أصحاب مالك^(٣) وقيل لا حد في ذلك والمرجع إلى العرف، وقيل تسع سنين قاله ابن القاسم^(٤) في أحد قوليه، ويزيد ما لم يُحدث في تلك المدة بناءً أو هدمًا فإن أحدث فيها شيئاً من ذلك سقط قول المدعى^(٥).

(١) الرسالة في فقه المالكية لعبد الله بن أبي زيد القيرواني المتوفى سنة ٣٨٦ هـ وتعد من أهم المختصرات في الفقه المالكي، وقد عني بها فقهاء المذهب فشرحوها، ووضعوا عليها الحواشي أمثال الشيخ زروق، وابن ناجي، والشيخ العدوي، والنفراوي.

(٢) الرسالة لابن أبي زيد (ص ٩٩) ط/ الحلبي.

(٣) وقدروها بعشر لحديث النبي ﷺ: «من حاز شيئاً عشر سنين فهو له»، وقالوا أيضاً إن تحديد العشر لأن النبي ﷺ لم يؤمر بقتال الكفار إلا بعد عشر سنين من الدعوى فكانت أبلغ في الإعذار، مواهب الجليل للحطاب (٢٢٤/٦).

(٤) أبو عبد الله عبد الرحمن بن القاسم العتقي المصري، صاحب مالكا عشرين سنة، وتفقّه به لم يرو واحد عن مالك الموطأ أثبت منه، وأخذ عنه جماعة مثل أصبغ، والحارث بن مسكين توفي سنة ١٩١ هـ بمصر.

الديباج المذهب (٤٦٥/١)، شجرة النور الزكية (ص ٥٨)، سير اعلام النبلاء (١٢٠/٩).

(٥) حاشية الدسوقي (٢٣٤/٤)، مواهب الجليل للحطاب (٢٢١/٦، ٢٢٤).

وقال المازري^(١) تصح الحيازة وتكون سببا في سقوط المطالبة بسبعة شروط هي: الحوز، ووضع اليد على الشيء المحوز، وأن ينسب إليه، وأن يتصرف فيه تصرف المالك في ملكه، وأن تطول المدة، وألا ينازع في تلك المدة، وأن يكون حاضراً، عالماً، بالغاً، رشيداً، لم يمنعه من القيام مانع^(٢). وهذا كله في غير حق الله، أما حق الله فلا ينقلب بالحيازة وإن طال، كمن أحدث ضرراً على المسلمين. وهذا أيضاً في الأجنبي غير الشريك^(٣).

(١) محمد بن علي بن عمر التميمي المازري يكنى أبا عبد الله أصله من مازر مدينة في جزيرة صقلية، أخذ عن أبي الحسن اللحى، وعبد الحميد الصايغ، له تأليف منها شرح التلقين للقاضي عبد الوهاب وشرح البرهان للجويني توفي سنة ٥٣٦ هـ. شجرة النور (ص ١٢٧)، الدياج (٢/٢٥٠)، شذرات الذهب (١١٤/٤).

(٢) شرح زروق وابن ناجي على الرسالة (٣١٣/٢، ٣١٤) ط/ دار الفكر، الفروق للقرافي (٧٤/٤)، حاشية الدسوقي (٢٣٤/٤).

(٣) أما الأجنبي الشريك فإنه يغتفر فيه الفعل اليسير فقط كالبناء القليل أو غرس شجرة أو نحوها، أو هدم ما يخشى سقوطه، أما الشريك القريب ففيه قولان مع الهدم والبناء الأول عشر سنين والثاني ما يزيد على الأربعين والقولان لابن القاسم والراجح منهما الثاني. حاشية الدسوقي (٢٣٥/٤)، المواهب (٢٢٧/٦).

وقال الفاكهاني^(١) اقتصر الشيخ^(٢) على حيازة الرباع وأما الثياب فالسنة تكفي، والحيوان والأمة السنتان^(٣).

مقارنة بين عدم سماع الدعوى للتقادم وسقوط الخصومة

بين عدم سماع الدعوى للتقادم وسقوط الخصومة أوجه اتفاق، وأوجه اختلاف:

« أما أوجه الاتفاق بينهما:

- (١) كلاهما انقضاء للخصومة بغير حكم في الحق موضوع الدعوى.
- (٢) كلاهما شرع لمصلحة المدعى عليه في مواجهة المدعى المهمل، وذلك لأن سقوط الخصومة أساسه رعاية حق المدعى عليه في مواجهة المدعى الذي أهمل دعواه وترك موالاتها، وكذلك عدم السماع للتقادم.
- (٣) لا تأثير لكليهما على الحق موضوع الدعوى.

فالقريئة المأخوذة من ترك المدعى المطالبة بحقه مدة طويلة مع قيام واضع اليد بالبناء، أو الهدم، أو غير ذلك إنما تنتفي إذا ما أقر المدعى عليه بالحق

(١) عمر بن أبي اليمن على بن سالم بن صدقة اللخمي المالكي الشهير بتاج الدين

الفاكهاني كان فقيها محدثا، له كتاب العمدة في الحديث، والتحرير والتجوير

شرح رسالة ابن أبي زيد وغيرهما، ولد سنة ٦٥٤هـ وتوفي سنة ٧٣٤هـ.

الديباج المذهب (٨٠/٢)، شجرة النور (ص ٢٠٤)، الدرر الكامنة (١٧٨/٣).

(٢) يقصد الشيخ ابن أبي زيد في رسالته.

(٣) شرح زروق وابن ناجي (٣١٣/٢، ٣١٤)، حاشية الدسوقي (٢٣٤/٤) ط/

المطلوب، ولما كان الحق لا يسقط بمضي المدة بإقرار المدعى عليه بالحق يلزمه برده مهما طالت المدة^(١).

◀ أما أوجه الاختلاف بينهما:

(١) الحكم بسقوط الخصومة هو جزاء قرره المشرع جزاء للمدعى متى أهمل في موالاة دعواه السائرة أمام القضاء لمدة عام وهو ما يسمى (بالسقوط الإجرائي)، أما عدم السماع للتقادم فهو جزاء للمدعى متى أهمل في رفع دعواه ابتداء، وتركها المدة الموجبه لعدم سماع الدعوى للتقادم.

(٢) تختلف المدة في سقوط الخصومة عنها في عدم سماع الدعوى للتقادم.

(٣) مدة سقوط الخصومة حتمية لا يلحقها وقف، ولا انقطاع، فهي تسري على جميع الأشخاص، بخلاف مدة التقادم فهذه المدة يلحقها الوقف والانقطاع ولا تسري على جميع الأشخاص ولا على جميع الدعاوى^(٢).

(١) حاشية رد المحتار على الدر المختار (٥٣٢/٤) المطبعة المصرية، مواهب الجليل للخطاب (٢٢١/٦)، حاشية الدسوقي (٢٣٤/٤)، حاشية الخرشى (٢٤٢/٧) ط/ بيروت.

(٢) رسالة دكتوراه في كلية الشريعة والقانون بعنوان نظرية عدم سماع الدعوى للتقادم.

الحالة الثالثة "المصادرة"

وهي في اللغة: يقال صادرت الدولة المال إذا استولت عليه عقوبة للملكه^(١).

واصطلاحاً: الاستيلاء على مال المحكوم عليه أخذاً، أو إتلافاً، أو إخراجاً عن ملكه بالبيع عقوبة^(٢).

فهي عقوبة ناقله للملكية لأنها تعني نزع ملكية مال من صاحبه جبراً عنه وإضافته إلى ملك الدولة دون مقابل، وهي عقوبة مالية عينية. وبما أن المصادرة عقوبة مالية فقد انقسم الرأي فيها بين مؤيد ومعارض إلى مذاهب.

(أ) المذهب الأول: جمهور الفقهاء^(٣) ورواية أشهب^(٤) عن مالك في

(١) القاموس المحيط (٧٠/٢) مصطفى الحلبي.

(٢) كشف القناع (١٢٤/٦، ١٢٥) ط/ دار الفكر، حاشية العدوي على الخرشي (١١٠/٨).

(٣) حاشية ابن عابدين (٦١/٤)، تبصرة الحكام (٢٩٠/٢)، المذهب للشيرازي (٢٨٢/٢) ط/ مصطفى الحلبي، المغني لابن قدامة (٥٣٤/٨) ط/ مكتبة القاهرة.

(٤) أشهب بن عبد العزيز بن داوود العامري، انتهت إليه رئاسة الفقه في مصر بعد موت ابن القاسم، روى عن الليث، والفضيل بن عياض، ومالك وبه تفقه توفي سنة ٢٠٤ هـ. شجرة النور (ص ٥٩)، الديباج المذهب (٣٠٧/١)، الأعلام (٣٣٣/١).

غير المشهور على حظر العقوبات المالية ومنها المصادرة، تأسيساً على أنه لا يُحل ذنب من الذنوب مال إنسان، وقد أخذ براوية أشهب كل من مُطَرِّف^(١) وابن الماجشون^(٢) من فقهاء المذهب المالكي وقال عبد الملك بن حبيب^(٣) بأن الإمام لا يرد البضائع إلى الغاش، بل يكلف بيعها على حالتها دون أن يغش الناس بها^(٤).

وقالوا: إن النصوص الواردة في العقوبة بالمال مثال ما ورد في مانع الزكاة بخلاً لا إنكاراً لوجوبها كقوله ﷺ: «إنا آخذوها وشطر ماله عزمة

(١) أبو مصعب مُطَرِّف بن عبد الله بن مُطَرِّف بن سليمان بن يسار الهلالي المدني الثقة الأمين الفقيه، روى ع جماعة منهم مالك، وأخذ عنه أبو زرعة وأبو حاتم والبخاري وخرج له في الصحيح وتوفي سنة ٢٢٠ هـ. شجرة النور (ص ٥٧)، الديباج (٢/٣٤٠).

(٢) عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله أبو مروان ابن الماجشون، فقيه مالكي فصيح، دارت عليه الفتيا في زمانه وعلى أبيه من قبله، تفقه بأبيه وبغيره، وبه تفقه ابن حبيب وسحنون توفي سنة ٢١٢ هـ. شجرة النور (ص ٥٦)، الديباج (٦/٢)، الأعلام (٤/١٦٠).

(٣) عبد الملك بن حبيب بن سليمان بن هارون السلمى يكنى أبا مروان، سمع ابن الماجشون ومطرفاً وإبراهيم بن المنذر، وسمع منه ابنه محمد وعبيد الله وابن وضاح، له مؤلفات كثيرة منها مختصر الواضحة، والجامع، وشرح الموطأ توفي سنة ٢٣٨ هـ. ترتيب المدارك (٣/٣٠)، شجرة النور (ص ٧٤)، الديباج (٨/٢).

(٤) تبصرة الحكام (٢/٢٩٠، ٢٩١) حاشية البناني على الزرقاني (٨/١١٥).

من عزمات ربنا، لا يحل لآل محمد ﷺ منها شيء»^(١) فإن ذلك كان في أول الإسلام ثم نسخ وعادت العقوبات على الجرائم في الأبدان^(٢).

(ب) المذهب الثاني: تخفف البعض مكتفياً بتقرير المصادرة الموقوتة بمدة معينة، وهم فقهاء الأحناف حيث قالوا بجواز إمساك القاضي شيئاً من مال الجاني زمناً ما حتى يكون ذلك زاجراً له عما اقترفه، على أن يعيده لصاحبه عندما تظهر توبته، دون أن يُصرف هذا المال للحاكم، أو للخزانة العامة للدولة.

وعلموا ذلك بأنه لا يجوز أخذ مال إنسان بدون سبب شرعي يبرر هذا الأخذ^(٣) أما إذا صار الجاني ميؤساً من توبته فإن للحاكم أن يصرف هذا المال فيما يرى فيه المصلحة^(٤).

(ج) المذهب الثالث: وقد جوز البعض المصادرة في صورتها الحديثة المألوفة، وأثبتوا لولي الأمر الاجتهاد في تقريرها وبالتالي لا يكون ضامناً لأموال المسلمين المتقومة التي يأمر بإتلافها، ومن قال بجواز المصادرة الإمام مالك رحمه الله في رواية مشهورة نقلها عنه ابن القاسم والإمام أحمد بن حنبل

(١) أخرجه النسائي من حديث معاوية بن حيوه وهو صالح الإسناد سنن النسائي (١٤/٥، ١٥)، تلخيص الحبير (١٦١/٢).

(٢) المغني لابن قدامة (٥٣٤/٨)، حاشية ابن عابدين (٦١/٤، ٦٢).

(٣) الفتاوى البزازية (٤٥٧/٢).

(٤) حاشية ابن عابدين (٦١/٤) ط/ مصطفى الحلبي.

ﷺ الذي أجاز إتلاف المحل الذي قام به المنكر لأن فيه نهيًا عن العود إلى المنكر الذي قام بهذا المحل^(٢).

محل المصادرة في الفقه الإسلامي

قد يكون محل الجريمة محرمًا سواء من حيث العين أو من حيث الصفة، فالمحرم من حيث العين خمر المسلم وخنازيره، والمحرم من حيث الصفة آلات اللهو، والأصنام المعبودة من دون الله.

والعلماء متفقون على وجوب إزالة وتغيير ما كان من هذا القبيل فخمر المسلم تراق، وخنازيره تذبح، وتفكك آلات اللهو، والأصنام تتلف، أو تغير^(٣).

ويمكن أن نعتبر إتلاف مثل هذه الأشياء من قبيل إزالة محل الجريمة، وما استعمل فيها، أو كان من شأنه أن يستعمل فيها، ويمكن اعتباره من قبيل المصادرة لأن الأشياء التي تصدر منها ما قد يكون مآله الإتلاف كبعض

(١) الإمام الجليل أحمد بن محمد بن حنبل أبو عبد الله الشيباني، إمام المذهب الحنبلي، وأحد الأئمة الأربعة، ولد ببغداد ونشأ حريصاً على العلم، ورحل إلى الكوفة والبصرة ومكة والمدينة واليمن وغير ذلك، وصنف المسند، وله مؤلفات أخرى كثيرة، وتعرض لمحنة عظيمة لامتناعه عن القول بخلق القرآن ولد سنة ١٦٤هـ وتوفي سنة ٢٤١هـ.

الأعلام (٢٠٣/١)، طبقات الحنابلة (٤/١)، وفيات الأعيان (٦٣/١).

(٢) كشف القناع للبهوتي (١٢٤/٦)، الحسبة في الإسلام لابن تيمية (ص ٤٧).

(٣) المراجع السابقة.

المواد المخدرة والمواد الفاسدة.

وهذا الإجراء الذي يباشره الحاكم سواء كان بإتلاف الشيء، أو بتمليكه للغير، أو ببقائه على ملكية الدولة يعتبر في كل الأحوال نزعاً لملكية هذا الشيء من الجاني ومصادره لجانب الدولة.

أثر المصادرة

إذا كان الغرض من المصادرة هو ردع الجاني، وزجره، وصدّه عن الجريمة، فإن هذا الغرض قد لا يتوافر إذا لم يكن الشيء مملوكاً للجاني بل كان مملوكاً للغير، أو كان للغير حقوق عليه، وكان هو أجنبياً عن الجريمة ولم يساهم فيها بأي وجه من الوجوه، والقول بالمصادرة في مثل هذا الحالة فضلاً عن أنه سوف لا يأتي بالغرض المطلوب من العقاب في غالب الأحوال فإن فيه اعتداء على حق الغير حسن النية^(١) الذي لم يكن له دخل في الجريمة.

والشريعة الإسلامية لا تقول بالمصادرة في مثل هذه الحالات ما دام أن المال متقوم وليس محرماً لذاته، بل إن الجاني يكون ضامناً في تلك الحالة. بخلاف ما إذا كان المال غير متقوم كالخمر للمسلم فإنه يسقط حقه وتنتهي المنازعة.

والمصادرة قد تكون واجبة وذلك في كل تالف أو فاسد من المأكولات، وفي مثل هذه الحالة تجب المصادرة ولو لم يكن الشيء مملوكاً

(١) وهو كل من لا يُسأل جنائياً عن الجريمة أي كل من لا يعد فاعلاً لها، أو شريكاً فيها.

للمتهم لأن هذا يضرّ بالناس، والضرر يجب دفعه بأي وسيلة يراها الحاكم. وقد تكون جوازية بالنظر إلى الشيء المصادر، فإن كان هذا الشيء يُعدُّ صنعه، أو استعماله، أو حيازته، أو بيعه، أو عرضه للبيع، جريمة في ذاته فال ينظر إلى حق الغير فيه ولكن يصادر ولو لم يكن ملكاً للمتهم، بخلاف ما لا يعد بيعه جريمة فإنه لا يجوز الإخلال بحقوق الغير فيه.

والحقوق التي يقضي القانون بعدم الإخلال بها هي الحقوق التي تكون على الشيء وقت ارتكاب الجريمة، ومع ذلك فمن المقبول أن تشمل الحماية أيضاً ما يترتب للغير من حقوق على الشيء بعد الجريمة إلى حين اتخاذ الإجراءات الجنائية، بشرط ألا يكون عالماً بأن الشيء قد استعمل في الجريمة وإلا فلا حماية له.

وما دام أن إتلاف الشيء أو التصديق به جائز، فلا مانع من أن تبقى الدولة الشيء موضوع الجريمة على ملكها توجهه الوجهة التي تراها، لأنه إذا كان الإتلاف جائزاً لما فيه من حرمان الجاني ونزع ملكيته، فإن إبقاءه على ملك الدولة تتصرف فيه بما ترى يجوز من باب أولى. لأن فيه حرماناً لصاحب الشيء ونزعاً لملكه زيادة على الفائدة التي تعود على الدولة من استغلالها^(١).

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون (٢٩٢/٢)، كشاف القناع (١٢٤/٦) دار الفكر،

حاشية ابن عابدين (٦١/٤، ٦٢).

الحالة الرابعة "ذهب محل المنازعة"

فالـ محل في اللغة: بالفتح مصدر ميمي وهو المكان الذي يحل فيه وبالكسر الأجل فـ محل الدين أجله^(١).

وفي اصطلاح الفقهاء: يذكر الفقهاء أن المحل بالكسر هو الوقت والأجل، وبالفتح الموضع والمكان، كما يطلق على الشيء الذي يقع عليه التصرف^(٢) وهذا الأخير هو المقصود في هذه الحالة.

فـ محل العقد ما يقع عليه العقد، وتظهر فيه أحكامه وآثاره، ويختلف باختلاف العقود فقد يكون المحل عيناً مالية كالبيع والمرهون والموهوب، وقد يكون عملاً كعمل الأجير والزارع والوكيل، وقد يكون منفعة كمنفعة المستأجر والمستعار، وقد يكون غير ذلك كما في النكاح.

وبذهاب محل التصرف يبطل التصرف وتنتهي المنازعة وهذه الحالة ترجع إلى ما سبقها من حالات لإنهاء المنازعات، فإن بوفاء المتنازع معه يذهب محل المنازعة إن لم يكن المطالبة ينتقل للورثة كما وضحت سابقاً^(٣).

وكذلك ذكروا أن الخصومة تنقضي انقضاء موضوعياً بغير إرادة

(١) مختار الصحاح (ص ١٥٥) ط/ البراعم، لسان العرب مادة حلّ.

(٢) بدائع الصنائع (١٣٨/٥)، مغنى المحتاج للشريني (٢٣٣/٢)، جواهر الأكليل (١٤٤/٢)، كشف القناع (٣٠٠/٣).

(٣) الهداية (١٦٨/٤)، بدائع الصنائع (٢٤١/٧)، حاشية الدسوقي (٢٣٩/٤)، مغنى المحتاج (٤٨/٤).

الخصوم إذا أصبح المدعى لا مصلحة له في متابعة السير في الدعوى، كما لو توفي الصغير المتنازع على حضنته، فيصبح الاستمرار في الدعوى غير مفيد بل تضييعاً للوقت^(١).

وتنتهي المنازعة [باتحاد الذمة] وهي اجتماع صفتي دائن ومدين في شخص واحد بدين واحد، كما لو مات الدائن وكان المدين هو الوارث له فإن المدين يرث فيما يرثه حق الدائن في ذمته فيصبح دائناً لنفسه فينقضي الدين باتحاد الذمة لعدم الفائدة وتنتهي المنازعة. فإذا زال سبب اتحاد الذمة سقط كما إذا ظهر للدائن وارث يحجب المدين عن الميراث فيعود مدينا كما كان^(٢).

(١) حاشية قرّة عيون الأخبار (١/٣٨٠، ٣٨١) ط/ الحلبي.

(٢) النظرية العامة للمعاملات د. أحمد فهمي أبو سنه (ص ١٥٠).

الباب الأول

المنازعات التي يكون طرفا الخصومة فيها منفردين

ويشتمل على عشرة فصول:

الفصل الأول: التنازع في البيع

الفصل الثاني: التنازع في السلم

الفصل الثالث: التنازع في الدين

الفصل الرابع: التنازع في العين

الفصل الخامس: التنازع في الرهن

الفصل السادس: التنازع في الشفعة

الفصل السابع: التنازع في الحقوق المشتركة

الفصل الثامن: التنازع في الإجارة

الفصل التاسع: التنازع بين الزوجين

الفصل العاشر: التنازع في القصاص

الفصل الأول التنازع في البيع

ويشتمل على أربعة مباحث:

المبحث الأول: تعريف البيع

المبحث الثاني: وسائل تفادي النزاع في البيع

المبحث الثالث: أسباب النزاع في البيع

المبحث الرابع: الوسائل التي وضعتها الشريعة الإسلامية لإنهاء النزاع بين المتبايعين.

المبحث الأول تعريف البيع لغةً وشرعاً

والبيع في اللغة: مصجر باع الشيء يبيعه بيعاً ومباعاً، ومعناه: مقابلة شيء بشيء على وجه المعاوضة، وهو مشتق من الباع لأن كل واحد من العاقلين يمد باعه للأخذ والإعطاء^(١) وهو من الأضداد التي تطلق على الشيء ونقيضه لأن كل واحد من المتبايعين يأخذ عوضاً ويعطي عوضاً فهو بائع لما أعطى ومشتري لما أخذ^(٢).

وشرعاً:

عرفه الأحناف: بأنه مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب.

وذلك يكون بالقول وهو المسمى بالإيجاب والقبول، وقد يكون بالفعل وهو بيع المعاوضة^(٣).

وعرفه المالكية: بأنه عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة^(٤)، فيخرج بذلك العقد على المنافع وهو الإجارة، وكذلك النكاح، لأنه عقد على المتعة.

وعرفه الشافعية: بأنه عقد معاوضة مالية تفيد ملك عين أو منفعة على

(١) لسان العرب مادة بيع (٤٠١/١) ط / دار المعارف، القاموس المحيط (٩١٠/١).

(٢) المعجم الوجيز (ص ٧٨).

(٣) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني (١٣٣/٥) ط / دار الكتاب العربي.

(٤) حاشية الدسوقي (٣/٢، ٣) دار الفكر.

التأييد لا على وجه القرينة^(١).

فخرج بالمعاوضة الهبة ونحوها إذ لا معاوضة فيها، (وبالمالية) عقد النكاح لأنه وإن كان فيه معاوضة إلا أنها ليست معاوضة مالية وإنما هي حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر، وخرج بقوله (على التأييد) الإجارة لأن المنفعة فيها مؤقتة، وخرج بقوله (لا على وجه القرينة) الوقف.

وعرفه الحنابلة بأنه معاوضة المال بالمال لغرض التمليك^(٢).

التنازع في البيع

ولما في البيع من أهمية قصوى نظراً لحاجة الناس إليه في كل معاملاتهم فإن الناس لا يستغنون عنه في كل يوم، ولأنه قد يحدث بسببه كثير من النزاع، فإن الشريعة الإسلامية قد وضعت وسائل لتفادي هذا النزاع وهذا الاختلاف قبل وقوعه، فإذا وقع فقد وضعت كثيراً من الحلول والوسائل التي ترفعه.

أما وسائل تفادي هذا النزاع فإن الشريعة الإسلامية قد شرعت الخيارات بأنواعها فجعلت لأحد العاقلين أو لكليهما حق إمضاء العقد أو فسخه وقد شرعت الخيارات لتكون وسيلة لكمال الرضا، والتأكد من سلامته، وابتنائه على أساس صحيح، وهذا مما يميز الشريعة الإسلامية عن

(١) مغنى المحتاج (٢/٢، ٣) ط / مصطفى الحلبي.

(٢) المغنى (٣/٥٦٠) ط / مكتبة زهران، العدة شرح العمدة (ص ٢١٢) ط / دار

غيرها من القوانين والدساتير الوضعية.

فقد أعطت العاقد فرصة للتروى والبحث والتحري أو الرجوع إلى مشاورة نفسه مرة أخرى فقد يكون العاقد ناقص الخبرة في موضوع المبادلة ويرى أنه في حاجة من الاستيثاق من توافر مصلحته وإذا أرجأ العقد لهذا فقد يخرج من مكنته في المستقبل.

وقد يشتري الشخص شيئاً، أو يستأجره قبل أن يراه لضرورة دعتة إلى ذلك معتمداً على أن غيره قد صور له بصورة خاصة بنى رضاه عليها فإذا ما رآه وجدده على خلاف ما ارتسم في نفسه فلا يتحقق حينئذ رضاه ولولا الخيار لقام التراجع والشقاق.

وقد يجد المبيع معيباً، أو على غير ما اشترط وما رضى به إلا سالماً.

المبحث الثاني وسائل تفادي النزاع في البيع [الخيارات]

ويشتمل على:

المطلب الأول: خيار المجلس

المطلب الثاني: خيار الشرط

المطلب الثالث: خيار الرؤية

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

المبحث الثاني: وسائل تفادي النزاع في البيع

ولهذا شُرعت الخيارات بأنواعها لتفادي هذا النزاع المحتمل الذي قد ينشأ بين المتبايعين حرصاً من الشريعة الإسلامية على تفادي هذا الشقاق ودفع هذا النزاع ومن هذه الخيارات:

المطلب الأول: خيار المجلس

وهو أن يكون لأحد العاقدين الحق في إمضاء العقد وفسخه ما دام في مجلس العقد.

واختلف الفقهاء في حكم هذا الخيار على مذهبين:

المذهب الأول: ذهب الجمهور من الشافعية^(١)، والحنابلة^(٢)، وبعض المالكية^(٣) وأكثر أهل العلم وكثير من التابعين، إلى جواز خيار المجلس.

المذهب الثاني: ذهب الأحناف^(٤) والمشهور عند المالكية^(٥) إلى عدم جواز خيار المجلس.

سبب الخلاف:

أما خلاف الأحناف للجمهور فيرجع إلى أنهم رجحوا أن الأصل في البيوع اللزوم فينعقد البيع ويكون لازماً بمجرد الإيجاب والقبول والقول

(١) المجموع شرح المذهب (١٨٦/٩)، مغني المحتاج (٤٣/٢).

(٢) المغني (٥٦٣/٣).

(٣) وهو قول ابن حبيب والسيوري وعبد الحميد الصايغ يراجع الذخيرة

(٢١/٥)، حاشية الدسوقي (٩١/٣).

(٤) بدائع الصنائع (٢٢٨/٥)، شرح فتح القدير (٢٥٧/٦).

(٥) الذخيرة (٢٠/٥)، القوانين الفقهية (ص ٢٣٥).

بالخيار ينافي هذا لزوم، ولأن الحديث الذي استدل به المجيزون معارض بمثله.

أما خلاف الإمام مالك فيرجع إلى أن عمل أهل المدينة عنده يقدم على خبر الآحاد وعمل أهل المدينة على لزوم البيع بمجرد الإيجاب والقبول، فالحديث الذي هو أصل في الباب ثابت عنده وقدم عليه عمل أهل المدينة.

الأدلة: واستدل أصحاب المذهب الأول على مذهبهم بما يأتي:

(١) قول النبي ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا»^(١).

(٢) قول النبي ﷺ: «إذا تباع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعا، أو يُخير أحدهما صاحبه، فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع وإن تفرقا بعد أن تباعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع»^(٢).

وجه الدلالة:

أن هذه الأحاديث وغيرها صريحة في حكم المسألة، وفي جواز الخيار

(١) أخرجه البخاري في كتاب البيوع، باب ما يحق الكذب والكتمان في البيع

(٣/٧٧) ط/ الشعب، ومسلم في البيوع، باب المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا.

(٢) رواه البخاري ومسلم، في البيوع، باب إذا خير أحدهما صاحبه بعد البيع فقد

وجب البيع (٣/٨٤) ط/ الشعب، الإمام مسلم في صحيحه كتاب البيوع

باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين (٣/١١٦٣) ط/ بيروت.

للمتبايعين ما داموا في مجلس العقد.

(٣) ما روى ابن عمر^(١) رضي الله عنهما كان إذا تباع مشى قليلاً ثم رجع ليلزم البيع^(٢).

وكثير من الأحاديث التي تدل على هذا.

أدلة المذهب الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني على ما ذهبوا إليه بالكتاب، والسنة. دليل الكتاب:

(١) قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

وجه الدلالة من الآية:

أن ظاهر الآية جواز التراضي في المجلس فقد أباح الله تعالى الأكل بالتجارة عن تراض مطلقاً عن قيد التفرق عن مكان العقد. دليل السنة:

(٢) حديث ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «من ابتاع طعاماً

(١) عبد الله بن عمر بن الخطاب القرشي العدوي أسلم مع أبيه وهو صغير لم يبلغ الحلم، ولم يشهد بداراً استصغره النبي ﷺ فردّه، واختلفوا في شهوده أحداً، وشهد فتح مبكة، أفتى في الناس ستين سنة، له الكثير من الأحاديث فقليل روى (٢٦٣٠) حديثاً، ولد سنة ١٠ قبل الهجرة وتوفي سنة ٧٣ هـ.

(٢) رواه البخاري في البيوع، باب كم يجوز الخيار (٨٣/٣) ط/ الشعب.

فلا يبيعه حتى يستوفيه»^(١).

إن الحديث قد دل على جواز الرضى في المجلس فإنه إذا جاز له أن يستوفيه في المجلس جاز له بيعه في المجلس قبل التفرق.

(٣) قول النبي ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا أن تكون صفقة خيار فلا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقبله»^(٢).

وجه الدلالة من الحديث:

أن الحديث يدل على أن صاحبه لا يملك الفسخ إلا من جهة الاستقالة.

(٤) أن الأصل في العقود اللزوم والخيار ينافي ذلك فكان باطلا قياسا على النكاح والخلع وغيرهما.

(٥) ولأن الخيار بالمجهول باطل، لأنه يؤدي إلى الغرر وخيار المجلس خيار بمجهول لأن مدة المجلس مجهولة فأشبهه ما لو شرطا خياراً مجهولاً.

(١) البخاري كتاب البيوع، باب الكيل على البائع والمعطي (٨٨/٣) الشعب، صحيح مسلم كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض (١١٥٩/٣) ط/ بيروت.

(٢) سنن أبي داود في كتاب البيوع باب في خيار المتبايعين عن ابن عمرو بن العاص (٢٧٣/٣) رقم (٣٤٥٦) ط/ بيروت.

وصححه الترمذي وقال حديث حسن، سنن الترمذي في البيوع (٣٦٠/٢) رقم (١٢٦٥) ط/ المكتبة السلفية.

(٦) قول أبي حنيفة^(١) أرأيت إن كانا في سفينة.

(٧) عمل أهل المدينة وهو مقدم على خبر الواحد عند الإمام مالك

رضي الله عنه لأنه نقل جمع عن جمع بخلاف نقل الواحد عن الواحد.

المناقشة والترجيح

ناقش أصحاب المذهب الثاني أدلة أصحاب المذهب الأول بما يأتي:

أولاً: قالوا إن المراد بالترقب التفرق بالأقوال، ويحمل المتبايعان على المتشاعلين بالبيع، ويكون الافتراق مجازاً لأن ترتيب الحكم على الوصف يدل على علية هذا الوصف لذلك الحكم فيكون وصف المفاعلة هو علة الخيار فإذا انقضت بطل الخيار لبطلان سببه، فيكون الحديث حجة عليهم لا لهم^(٢).

الجواب عن المناقشة:

وأجاب الجمهور عن هذه المناقشة بما يأتي:

أن ما ذكرتموه باطل من وجوه:

(١) أن اللفظ لا يحتمل ما قالوه إذ ليس بين المتبايعين تفرق بلفظ ولا

اعتقاد وإنما بينهما اتفاق على الثمن والمبيع بعد الاختلاف فيهما.

(١) النعمان بن ثابت أبو حنيفة إمام جليل، ومؤسس المذهب الحنفي ولد بالكوفة

سنة ٨٠ هـ وتفقّه على حماد بن سليمان، له كثير من المؤلفات منها الفقه

الأكبر، والمسند في الحديث، والمخارج في الفقه وغير ذلك توفي سنة

١٥٠ هـ. وفيات الأعيان (٢/٢١٥)، تهذيب الأسماء واللغات (٢/٢١٦).

(٢) الذخيرة (٢١/٥).

(٢) أن هذا يُبطل فائدة الحديث إذ المعلوم أنهما قبل العقد بالخيار في إنشائه وإتمامه أو تركه.

(٣) ثم إن الحديث ذكر التفرق بعد التبايع، فإن التبايع بعد أن يقع بالأقوال يقع التفرق بالأبدان.

(٤) أن ابن عمر رضي الله عنهما فسر الحديث بفعله وهو راوي الحديث وأعلم بمعناه^(١).

ثانيًا: المناقشة الثانية

أن الحديث جاء في بعض طرقه (المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا إلا أن يكون صفقة خيار ولا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله). فلو كان خيار المجلس مشروعًا لم يحتج الإقالة^(٢).

الجواب عن هذه المناقشة:

أن معناه أن البيع ينقسم إلى بيع شرط فيه الخيار وبيع لم يشترط فيه، وسماه صفقة لقصر مدة الخيار فيه، فلا علاقة للحديث بخيار المجلس بل بخيار الشرط.

مناقشة أدلة أصحاب المذهب الثاني:

(١) أما الآية التي استدلو بها فالمراد بها دوام الرضا، ولا تُنافي ثبوت خيار المجلس، فهي عامة مخصوصة بما ذكره الجمهور من أدلة تثبت خيار المجلس وكذلك الحديث الذي ينهى عن بيع الشيء قبل قبضه فإنه عام مخصوص بأدلة الجمهور.

(١) المجموع شرح المذهب (٩/١٨٧)، المغني (٣/٥٦٤).

(٢) الذخيرة للقرافي (٥/٢٢).

(٢) أما حديث «لا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يقيه» فهو دليل لإثبات خيار المجلس، لأن معناه مخافة أن يختار الفسخ، فعبر بالإقالة عن الفسخ، بدليل أن الإقالة لا تختص بالمجلس فليس المراد حقيقة الإقالة ولكن المراد بها الفسخ.

(٣) أما قياس البيع على النكاح والخلع فلا يجوز لأن النكاح لا يقع غالباً إلا بعد رُؤية ونظر فلا يحتاج إلى الخيار، ولأن في ثبوت الخيار مضرة لما يلزم من رد المرأة بعد ابتزائها بالعقد، وذهاب حرمتها، وإلحاقها بالسلع المباعة فلم يثبت فيه خيار لذلك.

ثم إن النكاح والخلع ليس المقصود منهما المال فلا يفسدون بفساد العوض بخلاف البيع.

(٤) أما قولهم إنه خيار مجهول فلا يصح فإن الخيار الثابت شرعاً لا يضر جهالة زمنه كخيار الرد بالعيب والأخذ بالشفعة، بخلاف خيار الشرط فإنه يتعلق بشرطهما فاشترط بيانه.

(٥) أما قول أبي حنيفة بأنهما لو كانا في سفينة فإن المجلس يدوم ما داما في السفينة ولو بقيا سنة أو أكثر ودليل ذلك إطلاق الحديث.

(٦) أما قول مالك إنه عمل أهل المدينة.

فهو اصطلاح له وحده منفرد به عن باقي الفقهاء، ولا يقبل قوله في رد السنن الصحيحة لترك أهل المدينة العمل بها، وقد عاب كثير من العلماء على الإمام مالك مخالفته هذا الحديث مع روايته له في الموطأ

وثبوته عنده^(١).

الرأي الراجح:

بعد عرض المذاهب، والأدلة، ومناقشة الأدلة، تبين رجحان مذهب الجمهور القائل بمشروعية خيار المجلس، لقوة أدلتهم، ولأنه أمكن مناقشة أدلة المخالفين، والرد عليها، ثم إن في ذلك مصلحة للمتبايعين بأن نجعل لكل واحد منهما الخيار ما دام في المجلس لعله يرجع نظره وفكره فسد باب التراجع والخلاف الذي قد يحدث بعد ذلك.

قال في المغنى والحكم في هذه المسألة ظاهر لظهور دليله، ووهاء ما ذكره المخالف في مقابلته^(٢).

المطلب الثاني: خيار الشرط

وهو جائز عند جمهور الفقهاء إلا الثوري^(٣) وابن أبي شيرمة وطائفة

(١) أما قول ابن أبي ذئب الذي نقلته بعض الكتب إن مالكا بتركه هذا الحديث يستتاب ثلاثة أيام فإنه قول كبير في حق الإمام مالك ولا يجوز أن يقال عليه مثل ذلك فإن له علة في تركه.

(٢) ويراجع في هذه المسألة بدائع الصنائع (٢٢٨/٥)، شرح فتح القدير (٢٥٧/٦)، موطأ الإمام مالك (٧٩/٢)، الذخيرة (٢٠/٥)، القوانين الفقهية (ص ٢٣٥)، بداية المجتهد (١٦٩/٢)، حاشية الدسوقي (٩١/٣)، المجموع (١٨٤/٩)، المغنى (٥٦٣/٣).

(٣) سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري من بني ثور بن عبد مناة أمير المؤمنين في الحديث، كان سيد أهل زمانه في علوم الدين والتقوى، ولد ونشأ في الكوفة ثم سكن مكة والمدينة، له مؤلفات كثيرة منها الجامع الصغير، الجامع الكبير وكتاب

من أهل الظاهر وعمدة الجمهور:

(١) قول النبي ﷺ للرجل الذي كان يُخدع في بيعه قل [لا خلافة^(١)]
وجعل له الخيار ثلاثاً].

(٢) وحديث ابن عمر أن النبي ﷺ قال: «المتبايعان كل واحد منهما
بالخيار على صاحبه ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار»^(٢).

(٣) وقول النبي ﷺ: «المسلمون عند شروطهم»^(٣).

(٤) الإجماع وقد أجمعت الأمة على جواز اشتراط الخيار ثلاثاً.

أما المانعون فقالوا غنه غرر، وإن الأصل في البيع اللزوم إلا أن يقوم دليل
على جواز البيع على الخيار من كتاب أو سنة أو إجماع، وحديث حبان^(٤)

=

في الفرائض وغير ذلك توفي سنة ١٦١ هـ. الأعلام للزركلي (١٠٤/٣)،
وفيات الأعيان لابن خلكان (٢١٠/١)، طبقات ابن سعد (٢٥٧/٦).

(١) رواه البخاري ومسلم. صحيح البخاري (٨٥/٣) في البيوع باب ما يكره من
الخداع في البيوع ط/ الشعب، مسلم كتاب البيوع باب من يخدع في البيع
(١١٦٥/٣) ط/ بيروت، الترمذي (٣٦١/٢)، قال والعمل على هذا عند
بعض أهل العلم في ضعيف العقل.

(٢) موطأ الإمام مالك كتاب البيوع، باب بيع الخيار (٧٩/٢) ط/ الحلبي.

(٣) صحيح البخاري كتاب الإجارة (١٢٠/٣) ط/ الشعب فتح الباري
(٣٣٧/٤) ط/ دار المعرفة.

(٤) حبان بن منقذ بن عمرو وكان حبان رجلاً ضعيفاً، وكان قد سفع في رأسه
مأمومة فجعل النبي ﷺ له الخيار، وقيل كان ضريراً وقد اختلف في القصة هل

الذي ذكر فيه النبي ﷺ الخيار فهو إما غير صحيح أو أنه خاص به.
والراجح المذهب الأول لقوة أدلتهم، ولأن فيه المصلحة للمتبايعين فقد
يكون المشتري ليس له خبرة فيما يشتريه فيشاور أهل الخبرة والمعرفة،
ويكون له الحق في إمضاء العقد أو فسخه^(١).

مدة خيار الشرط

والجمهور الذين قالوا بجواز خيار الشرط اختلفوا في مدة هذا الخيار
على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: أن مدة الخيار ثلاثة أيام، ولا يجوز اشتراط أكثر من
ذلك، وهو قول أبي حنيفة وزفر^(٢)، ومذهب الشافعية^(٣).

المذهب الثاني: أنه يجوز الخيار لأي مدة اشترطت، قصرت المدة، أو

=

وقعت لحبان أم لأبيه منقذ وتوفي حبان في خلافة عثمان بن عفان رضي الله عنه.
الإصابة (٣٠٣/١).

(١) شرح فتح القدير (٢٩٨/٦)، بداية الهداية (١٦٩/٢)، المجموع (١٨٩/٩)، مغنى

المحتاج (٤٦/٢)، الذخيرة (٢٣/٥)، المحلى (٣٧٠/٨) وما بعدها ط/ بيروت.

(٢) زفر بن الهزيل بن قيس فقيه كبير من أصحاب الإمام أبي حنيفة أقام بالبصرة

وولى قضاءها وتوفي بما جمع بين العلم والعبادة، وكان من أصحاب الحديث

فغلب عليه الرأي وهو قياس الحنفية توفي سنة ١٥٨ هـ.

الأعلام (٤٥/٣)، شذرات الذهب (٤٣/١).

(٣) شرح فتح القدير (٢٩٩/٦)، بدائع الصنائع (٢٦٣/٥)، المجموع

(١٨٨١/٩)، مغنى المحتاج (٤٧/٢).

طالت وهو مذهب الإمام أحمد ومحمد بن الحسن^(١) وأبي يوسف^(٢) من الأحناف، وبعض الظاهرية^(٣).

المذهب الثالث: أن مدة خيار الشرط ليست لها قدر محدد في نفسه وإنما يتقدر بقدر الحاجة إلى ذلك، وبحسب اختلاف المبيعات، وتفاوتها، فإن الثوب يكفي فيه اليوم واليومان، والجمعة والخمسة أيام في اختبار الجارية، والشهر ونحوه في اختيار الدار وهو مذهب الإمام مالك^(٤).

(١) محمد بن الحسن الشيباني ولد بواسط، صاحب أبا حنيفة وأخذ عنه الفقه وعن أبي يوسف، وروى عن مالك والثوري وغيرهما، وأخذ عنه الشافعي، من مؤلفاته الأصل والجامع الكبير والصغير وغير ذلك، توفي سنة ١٨٩ هـ عن ثمان وخمسين سنة.

تاج التراجم في طبقات الحنفية للشيخ أبي العدل زين الدين بن قطلوبغا المتوفى سنة ٨٧٩ هـ (ص ٥٤) ط / مكتبة المثنى بغداد.

(٢) يعقوب بن إبراهيم بن حبيب من محلة أبي يوسف صاحب أبي حنيفة وأخذ عنه أبو حنيفة الفقه، وولي القضاء لثلاثة من الخلفاء المهدي، والمهادي، والرشد توفي ببغداد سنة ١٨٢ هـ، وهو أول من وضع كتاب في أصول الفقه على مذهب أبي حنيفة وله الأمالي والنوادر.

تاج التراجم (ص ٨١)، الفوائد البهية (ص ٢٢٥) وفيه أنه توفي سنة ١٨٣ هـ.

(٣) المغني (٥٨٥/٣)، كشف القناع (٢٠٠/٣)، شرح فتح القدير (٢٩٩/٦)، الخلى (٣٧٠/٨).

(٤) بداية المجتهد (١٦٩/٢)، الذخيرة (٢٣/٥، ٢٤)، حاشية الدسوقي (٨٩/٣، ٩٠).

الأدلة:

استدل أصحاب المذهب الأول بالسنة، والمعقول.

أدلة السنة:

(١) أن النبي ﷺ قال للرجل الذي يخدع في بيعه: «قل لا خلافة ولك الخيار ثلاثة أيام»^(١).

وجه الدلالة:

أن النبي ﷺ حدد مدة الخيار بثلاثة أيام، فلا تجوز الزيادة عليها، ولو كانت الزيادة جائزة ل زاد النبي ﷺ، ولقد جاء التحديد بالثلاث في حديث المصراة «من اشترى مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام»^(٢).

(٢) أن النبي ﷺ فهمى عن بيع الغرر^(٣).

وجه الدلالة من الحديث:

أن اشتراط الخيار من بيع الغرر لأنه يعلق انعقاد العقد على سقوط

(١) سبق تخريج الحديث والذي في البخاري ومسلم لم يقل ولك الخيار ثلاثا وإنما أجمع العلماء على أن النبي ﷺ جعل له الخيار ثلاثا، فتح الباري (٣٣٧/٤)، نيل الأوطار (٤٤/٥، ٤٥).

(٢) جزء من حديث رواه البخاري بسنده في البيوع، باب النهى للبائع ألا يحفل الإبل، فتح الباري (٣٦١/٤) ط/ بيروت، ومسلم في البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه (١١٥٥/٣) ط/ بيروت.

(٣) رواه البخاري في البيوع باب بيع الغرر فتح الباري (٣٥٦/٤) بيروت.

الخيار، إلا أنه ورد نص خاص بجوازه فيتبع مورد النص^(١).

أما المعقول:

فإن شرط الخيار شرط يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم، وكل ما كان كذلك فهو فاسد، إلا أنا جوزناه بهذا النص على خلاف القياس فيقتصر على المدة المذكورة.

أدلة المذهب الثاني: استدل أصحاب القول الثاني بالسنة، والمعقول.

دليل السنة:

(١) قول النبي ﷺ: «المؤمنون عند شروطهم»^(٢).

وجه الدلالة من الحديث:

أن الحديث أفاد الوفاء بالشرط مطلقا بما في ذلك شرط الخيار سواء كانت المدة طويلة أو قصيرة.

(١) بدائع الصنائع (٢٦٣/٥).

(٢) رواد الترمذي في الأحكام، باب ما ذكر عن رسول صلى في الصلح بين الناس

عن عمرو بن عرف، (٦٣٤/٣)، وأبو داود في الأقضية باب في الصلح، عن

أبي هريرة (٢٧٣/٢) وسنده حسن وصححه ابن حبان ولفظه الصلح جائز

بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا والمسلمون عند شروطهم،

تلخيص الحبير (٢٨٢/٣) ط/ المكتب الإسلامي.

- (٢) حديث ابن عمر رضي الله عنه أن النبي ﷺ أجاز الخيار إلى شهرين^(١).
- (٣) قياس مدة الخيار على مدة الأجل فإنها مدة ملحقة بالعقد فكانت إلى تقدير المتعاقدين كالأجل.
- دليل المعقول:**

- (٤) ولأن الخيار إنما شرع للحاجة إلى التأمل والتروي والنظر ليندفع الغبن فكان كثير المدة كقليلها فيلحق به، وقد تمس الحاجة إلى الأكثر.
- أدلة المذهب الثالث:**

استدل أصحاب القول الثالث بالمعقول:

- (١) إن الخيار قد يثبت معللاً بعلة وهي الحاجة إلى اختبار المبيع أو اختياره وهذه العلة تتفاوت بتفاوت المبيع، ولكن لا تجوز المدة الطويلة التي فيها زيادة على اختبار المبيع أو اختياره^(٢).
- (٢) إن التقدير بالثلاث خرج مخرج الغالب لأن النظر يحصل فيها غالباً وهذا لا يمنع من الزيادة عند الحاجة، فوجب تقدير مدة خيار الشرط بما تندفع به الحاجة في كل معقود عليه بحسب ما يحتاج إليه عرفاً.

المناقشة والترجيح:

مناقشة أدلة المذهب الأول:

(١) نصب الرأية (٨/٤)، تبين الحقائق (١٤/٤).

(٢) بداية المجتهد (١٦٩/٢، ١٧٠).

(١) إن حديث حبان بن منقذ^(١) الذي قال له النبي ﷺ: «قل لا خلافة وأنت بالخيار ثلاثاً» يناقش من وجهين.

الوجه الأول: بأن هذا الحديث واقعة خاصة فلا يحتاج بما على عموم الأحكام بل يحتاج بما على من كان في مثل هذا الرجل^(٢).

الوجه الثاني: أن قول النبي ﷺ: «وأنت بالخيار ثلاثاً» هي من ألفاظ العدد، والمعتمد أنه لا حجية لمفهوم العدد كما في قوله تعالى: ﴿أَسْتَغْفِرُ لَهُمْ أَوْ لَا تَسْتَغْفِرُ لَهُمْ إِنْ تَسْتَغْفِرْ لَهُمْ سَبْعِينَ مَرَّةً فَلَنْ يَغْفِرَ اللَّهُ لَهُمْ﴾ [التوبة: ٨٠].

الجواب عن المناقشة:

أن الاختصار على الثلاث مستفاد من القرينة وهي أن النبي ﷺ قدر هذه المدة للمغبون فلو جاز الأكثر لكان هذا الرجل أولى لأن اشتراطه أحوط في حق المغبون^(٣).

المناقشة الثانية:

(٢) أما المعقول فغير مسلم، لأن مقتضى البيع نقل الملك والخيار لا ينافيه، ولو سلمنا أنه ينافيه إلا أنه متى خولف الأصل لمعنى في محل العقد وجب تعدية الحكم لتعدى ذلك المعنى^(٤).

(١) سبقت ترجمته.

(٢) فتح الباري (٣٣٧/٤)، قليوبي وعميرة (١٩١/٢).

(٣) شرح فتح القدير (١١٢/٥).

(٤) المغنى (٥٨٥/٣).

الجواب عن المناقشة:

أن الخيار الذي ورد النص به هو الذي لا ينافي نقل الملك أما غير ذلك فلا يجوز لأنه قد يمتد شهوياً عديدة فيبقى المبيع معلقاً.

مناقشة أدلة المذهب الثاني:

(١) أن استدلالهم بحديث «المؤمنون عند شروطهم» غير صحيح من

وجهين:

الوجه الأول: أن الحديث^(١) عام خصص بحديث لا خلافة.

الوجه الثاني: على فرض التسليم بحجته، فهو عام قد خص بحديث

الثلاث.

(٢) أن الاستدلال بحديث ابن عمر غير صحيح: لأن الحديث منكر

فلم يروه أحد من أصحاب السنن وعلى فرض ثبوته فليس بنص فيحتمل

أن يكون خيار رؤية أو عيب^(٢).

(٣) أما قياس مدة الخيار على مدة الأجل فغير صحيح، فإن الشارع

قد حدد للخيار مدة فلا يجوز تعديها، ولا يصح القياس على الأجل

لوجود الفرق بينهما فإن البيع مع تأجيل الثمن لازم البيع الذي شرط فيه

(١) لأنه من رواية كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف وهو ضعيف كذبه

الشافعي نيل الأوطار (١٢٦/٥)، نصب الراية (١١٢/٤) عضد وكتب أخرى

وتلقته بالقبول.

(٢) شرح فتح القدير (٢٢٩/٦)، المغنى (٥٨٥/٣).

الخيار.

(٤) أما قولهم إن الخيار شرع للتأمل والنظر لدفع الغبن، فإن الحاجة لا تدعو إلى أكثر من ثلاثة أيام غالباً فهذه المدة كافية للتأمل والتدبر في أمر العقد، وإذا كانت هذه المدة كافية للرجل الذي أصيب في عقله فلأن تكون كافية للإنسان السليم أولى.

مناقشة أدلة المذهب الثالث:

وقد نوقشت أدلتهم من وجهين:

الوجه الأول: أن ما ذكرتموه لا يصح علة لأن من شروط العلة أن تكون وصفاً ظاهراً منضبطاً، فلا تختلف باختلاف الأفراد، والأحوال كالإسكار بالنسبة للخمر، والحاجة لا يمكن ربط الحكم بهما لخفائهما واختلافهما.

الوجه الثاني: أن تحديد مدة الخيار على أساس السلع المعقود عليها من غير نظر إلى اختلاف الناس لا يجعل الخيار موفياً بالغرض المقصود منه فرب مبيع لا يحتاج إلى أكثر من يوم بالنسبة لشخص بينما يحتاج إلى أيام بالنسبة لآخر.

الرأي الراجح:

بعد عرض المذاهب والأدلة ومناقشتها تبين رجحان المذهب الأول القائل أن مدة خيار الشرط ثلاثة أيام، ولا تجوز الزيادة على ذلك، لقوة أدلتهم، ولعدم الإضرار بأحد العاقلين فإننا لو جعلنا الخيار أكثر من ذلك فقد تبقى السلعة عند المشتري شهوراً ثم يردها إلى البائع وقد تلف شيء

منها أو غير ذلك مما يعود بالضرر على البائع، وأيضا تفاديا للتراع والشقاق الذي قد يحدث بينهما^(١). والله أعلم

المطلب الثالث: خيار الرؤية

وهو ما يثبت لأحد العاقدین عند رؤية محل العقد من الحق في فسخ العقد أو إمضائه بسبب عدم رؤية محله عند إنشاء العقد وقبله، كأن يقول الرجل لغيره بعثك الثوب الذي في كُمِّي هذا وصفته كذا وكذا، أو لم يذكر الصفة.

والفقهاء يقدمون خيار الرؤية على خيار الرد بالعيب لأن خيار الرد بالعيب يمنع لزوم الحكم وخيار الرؤية يمنع تمام الحكم وال لزوم بعد التمام^(٢).

ولأجل ما في العقد على المبيع من غير رؤية قبل العقد وبعده من الغرر والغبن والجهالة التي تفضي إلى التراع والخصومة، ولأن الشريعة المطهرة حرصت على سد باب التراع قبل حدوثه جعلت للمشتري الحق في إمضاء العقد وفسخه عند رؤية المبيع.

وقد اختلف الفقهاء في حكم خيار الرؤية على مذهبين:

(١) يراجع في المسألة بدائع الصنائع (٢٦٣/٥)، شرح فتح القدير (٢٩٩/٦)،

الذخيرة (٢٣/٥، ٢٤)، بداية المجتهد (١٦٩/٢)، حاشية الدسوقي (٨٩/٣)،

المجموع (١٨٨/٩)، مغنى المحتاج (٤٧/٢)، المغنى (٥٨٥/٣).

(٢) شرح فتح القدير (٣٣٥/٦).

المذهب الأول: جواز خيار الرؤية، وهو مذهب الأحناف، وأحد قولي الشافعي^(١)، ورواية عن الإمام أحمد^(٢).

المذهب الثاني: عدم جواز خيار الرؤية وهو قول المالكية^(٣)، والشافعي

(١) أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي المطلبى يرجع نسبه إلى المطلب بن عبد مناف جد الرسول ﷺ ولد سنة ١٥٠ هـ تفقه على مسلم بن خالد رحل إلى بغداد وصنف فيها مذهبه القديم ثم خرج إلى مصر وألف مذهبه الجديد له كتاب الأم والرسالة وغيرهما توفي سنة ٢٠٤ هـ.

طبقات الشافعية للأسنوى (ص ٨) دار الفكر، وفيات الأعيان (٤/١٦٣).

(٢) بدائع الصنائع (٥/٢١٦)، شرح فتح القدير (٦/٣٣٥)، المجموع (٨/١٧٥)، المغنى (٣/٥٨٠).

(٣) والمالكية عندهم قولان وكلاهما يدل على عدم الجواز:

الأول: أن مالكا لا يرى صحة بيع العين الغائبة قبل وصفها أو رؤيتها، فهو لا يرى خيار الرؤية على هذا القول لأن العقد في هذه الحالة فاسد فإن وصفت فللمشتري خيار فوات الوصف إذا رآها على خلاف ما وصفت وليس ذلك خيار الرؤية.

الثاني: أن بيع العين الغائبة يجوز بشرط أن يشترط المشتري في العقد خيار الرؤية له أما إذا سكت فالبيع فاسد، وعلى هذا فخيار الرؤية في هذه الحالة يثبت بالشرط فيمكن أن يقال إن هذا ليس بخيار رؤية ولكنه شرب من خيار الشرط.

حاشية الدسوقي (٣/١٠٧)، الفروق للقرافي (٣/٢٧٢)، مواهب الجليل للحطاب (٤/٤١٤).

في الجديد، والرواية الأخرى عن الإمام أحمد^(١).

الأدلة:

وقد استدل أصحاب المذهب الأول على مذهبهم بأدلة من الكتاب والسنة والمعقول أما الكتاب.

(١) قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥].

وجه الدلالة:

إن هذا مطلق غير مقيد فالبيع صحيح، ولكن كي يتحقق الرضا المشروط لا بد من ثبوت خيار الرؤية.

ومن السنة:

(٢) بما روي أن النبي ﷺ قال: «من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه»^(٢).

وجه الدلالة من الحديث:

أن الحديث نص في الباب فلا يترك بلا معارض، فالبيع صحيح لأن الخيار لا يثبت إلا في عقد صحيح.

(١) الذخيرة (٥٣/٥)، حاشية الدسوقي (١٠٧/٣)، الفروق (٢٧٢/٣)، المغنى (٥٨٠/٣).

(٢) رواه البيهقي وابن أبي شيبة مرسلًا، السنن الكبرى للبيهقي (٢٦٨/٥) كتاب البيوع، باب من قال يجوز بيع العين الغائبة سنن الدارقطني (٤/٣) في البيوع ط/ دار المحاسن.

(٣) ما روي أن عثمان^(١) وطلحة^(٢) رضي الله عنهما تبايعا دارين إحداهما بالكوفة والأخرى بالمدينة فقبل لعثمان إنك قد غبت، فقال ما أبالي لأني بعت ما لم أره، وقيل لطلحة فقال لي الخيار لأني اشتريت ما لم أره، فتحاكما إلى جبير فجعل الخيار لطلحة^(٣).

وجه الدلالة:

وهذا اتفاق منهم على صحة البيع وجواز الخيار، فيكون إجماعاً من الصحابة رضوان الله عليهم حيث لم يُنكر عليه ذلك الحكم أحد.

ومن المعقول:

(٤) أن الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي إلى المنازعة مع وجود الخيار فإنه إذا لم يوافق رده، وإنما يفضي إليها لو قلنا بإبرام وعدم الخيار.

(١) عثمان بن عفان بن أبي العاص أمير المؤمنين وثالث الخلفاء الراشدين وأحد العشرة المبشرين بالجنة ولد بمكة قبل البعثة ألف فيه كثير من العلماء تصانيف في مناقبه منها التمهيد والبيان في فضل عثمان بن عفان وغير ذلك.

الأعلام (٢١/٤)، حلية الأولياء (٥٥/١).

(٢) طلحة بن عبيد الله القرشي يعرف بطلحة الخير وهو من السابقين الأولين إلى الإسلام وهو أحد العشرة المشهود لهم بالجنة ولم يشهد بدمراً لأنه كان بالشام وشهد أحداً وما بعدها.

أسد الغابة لابن الأثير (٨٥/٣) ط/ الشعب.

(٣) رواد البيهقي بإسناد حسن السنن الكبرى للبيهقي (٢٦٨/٥) كتاب البيوع، باب من قال يجوز بيع العين الغائبة ط/ بيروت.

(٥) ولأنه عقد معاوضة فلم تفتقر صحته إلى رؤية المعقود عليه بخلاف النكاح.

(٦) ولأن الرضا بالشيء قبل العلم بأوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية، بخلاف قوله رضيت قبل، بخلاف قوله رددت.

أدلة المذهب الثاني:

استدل أصحاب القول الثاني على ما ذهبوا إليه بالسنة والمعقول.
دليل السنة:

(١) أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر.^(١)

وجه الدلالة: أن المبيع بدون رؤية مجهول، وكل ما كان كذلك لا يجوز بيعه لأنه يؤدي إلى الغرر، والغرر منهي عنه.

(٢) أن النبي ﷺ قال: «لا تبع ما ليس عندك»^(٢).

وجه الدلالة:

أن الحديث نهى أن يبيع الإنسان ما ليس عنده، والمراد ببيع ما ليس بمركب للمشتري للإجماع على أن المشتري إذا كان قد رآه فالعقد جائز.

(١) سبق تخريج الحديث (ص ١٠٢).

(٢) السنن الكبرى للبيهقي (٢٦٧/٥) كتاب البيوع، باب من قال لا يجوز بيع

العين الغائبة، أبو داود في البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده

(٢٨٣/٣)، وقال الترمذي حديث حسن صحيح في البيوع، باب ما جاء في

كراهية بيع ما ليس عنده (٣٥٠/٢).

وإن لم يكن المبيع حاضرا عند العقد لكنه مقدور على تسليمه.

دليل المعقول:

ولأنه نوع بيع فلا يصح مع الجهل بصفة المبيع.

المناقشة والترجيح:

وقد ناقش المانعون أدلة القائلين بالجواز بما يأتي:

- (١) أن حديث «من اشترى شيئا لم يره فله الخيار إذا رآه» حديث مرسل وضعفه بعض علماء الحديث^(١).

الجواب عن المناقشة:

- (١) وقد أجاب المجيزون عن هذه المناقشة بأن الحديث المرسل حجة عند أكثر أهل العلم، وقد رواه كثير من العلماء، وعمل به الإمامان مالك، وأحمد رضي الله عنهما، ثم إن الحديث روي مرفوعا^(٢).

- (٢) أن المراد بالرؤية في الحديث العلم بالمقصود، فهو من عموم المجاز عبر بالرؤية عن العلم بالمقصود.

المناقشة الثانية:

أن الأثر المروي عن عثمان، وطلحة رضي الله عنهما أنهما تبايعا بدون رؤية غير صحيح، لأنه يحتمل أنهما تبايعا بالصفة، وعلى فرض التسليم بأنهما تبايعا بدون رؤية فإنه قول صحابي وفي كونه حجة خلاف.

(١) لأن فيه عمر بن إبراهيم الكردي وهو متروك تلخيص الحبير (٦/٢٣) ط/ بيروت.

(٢) سنن الترمذي (٣٥٠/٢).

الجواب عن المناقشة:

بأن الثابت أن البيع حصل بدون رؤية، ثم مع كونه قول صحابي فإنه لم ينكر عليه أحد فكان إجماعاً.

وقد ناقش المجيزون أدلة القائلين بعدم الجواز بما يأتي:

(١) أما بيع الغرر لفظه يفيد أنه غير البيع بدون رؤية فإنه يدل على أن البائع يظهر ما ليس في الواقع فيبني عليه فيكون مغروراً بذلك فيظهر خلافه فيتضرر به.

(٢) ثم إن النهي عن ذلك لما يلزم الضرر فيه، ونقطع بأنه لا ضرر فيما أجزنا من ذلك إنما يلزم الضرر لو لم يثبت له الخيار إذا رآه أما إذا أوجبنا له الخيار فلا ضرر فيه أصلاً.

(٣) أن في إثبات الخيار محض مصلحة للمشتري وهو إدراك حاجته فإنه لو كانت له رغبة في المبيع فأوقفنا البيع على حضوره ورؤيته ربما يفوت المبيع أو يساومه فيه آخر، والأحكام لم تشرع إلا لمصالح العباد قطعاً.

(٤) والمراد بحديث «لا تبع ما ليس عندك» بيع ما ليس في ملكه بدليل قصة الحديث فإن حكيم بن حزام^(١) رضي الله عنه قال: يا رسول الله إن

(١) حكيم بن حزام بن خويلد بن أسد بن عبد العزى ابن أخي خديجة زوج النبي ﷺ من له حديث في الكتب الستة، روى عنه ابنه حزام وعبد الله بن الحارث وموسى ابن طلحة وكان من سادات قريش، وكان صديق النبي ﷺ قبل البعثة،

الرجل يطلب مني سلعة ليست عندي فأبيعها له ثم أدخل السوق فأستجيدها فأشتريها فأسلمها إليه فقال ﷺ: «لا تبع ما ليس عندك».

(٥) أن الجهالة في الرؤية لا تفضي إلى المنازعة لأنها تُرفع بثبوت خيار الرؤية له، بخلاف السلم لأن السلم لا يجوز عند ترك الوصف لإفضاء الجهالة إلى المنازعة.

الرأي الراجح:

بعد عرض المذاهب والأدلة تبين رجحان مذهب القائلين بجواز خيار الرؤية لقوة أدلتهم ولأنه أمكن الرد على أدلة المخالفين، ولأن في القول بمشروعية خيار الرؤية مصلحة للمشتري، ودفع الضرر عنه، وسد باب المنازعات التي قد تحدث بسبب البت في البيع بدون رؤية المشتري لمحل البيع، وسد باب المنازعات ومراعاة مصالح الناس من مقاصد الشريعة الإسلامية^(١).

توفي سنة ٥٠هـ وقيل غير ذلك، وهو ممن عاش مائة وعشرين سنة شطرها في الجاهلية وشرطها في الإسلام.

الإصابة (٣٤٩/١) ط/ دار صادر.

(١) يراجع في فقه المسألة.

بدائع الصنائع (٢٦١/٥)؛ شرح فتح القدير (٣٣٥/٦)، المبسوط (٦٨/١٣)،

الذخيرة (٥٣/٥)، حاشية الدسوقي (١٠٧/٣، ١٠٨)، القوانين الفقهية

(ص ٢٢٠)، مواهب الجليل (٤١٥/٤) وما بعدها، المجموع (٢٨٨/٩) وما بعدها،

وهل يثبت هذا الخيار للبائع:

اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين:

المذهب الأول: يثبت للبائع كما يثبت للمشتري، وهو قول اللشافعي، والمذهب عند الحنابلة، والقول المرجوع عنه عند أبي حنيفة^(١).

المذهب الثاني: لا يثبت للبائع، وهو القول المرجوع إليه عند أبي حنيفة^(٢).

الأدلة:

حجة المذهب الأول:

(١) أنه جاهل بصفة المعقود عليه فأشبهه المشتري فحاصله قياس البائع على المشتري.

(٢) ولأن البيع يشترط فيه الرضا منهما، فتعتبر الرؤية التي هي مظنة الرضا.

(٣) أن الإنسان قد يرث شيئاً لم يره ثم يبيعه قبل أن يراه فإذا رآه بعد ذلك فتبين له أنه قد غبن في صفقته احتاج إلى الخيار لدفع الغبن عنه.

(٤) قياس خيار الرؤية على خيار الشرط فإنه يثبت للبائع والمشتري.

=

الحاوي للماوردي (٢٨/٥) وما بعدها، المغني (٥٨٠/٣، ٥٨١)، كشف

القناع (٢١٢/٣)، العدة شرح العمدة للمقدسي (ص ٢١٣).

(١) شرح فتح القدير (٣٣٩/٦)، المجموع (٣٠٠/٩)، المغني (٥٨١/٣، ٥٨٢).

(٢) شرح فتح القدير (٣٣٩/٦).

حجة المذهب الثاني:

(١) قول النبي ﷺ: «من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار»^(١).

وجه الدلالة:

إن الخيار في الحديث معلق بالشراء فلا يثبت دونه.

(٢) خبر عثمان وطلحة السابق فإن جبراً قضى بالخيار لطلحة وهو

المشتري ولم يقض لعثمان وهو البائع، وكان ذلك بمحض من الصحابة ولم ينكر أحد فكان إجماعاً^(٢).

الراجع:

ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني من عدم ثبوت خيار الرؤية للبائع لقوة أدلتهم ولأن البائع عندما باع شيئاً يملكه بدون رؤية أو علم بأوصافه وما هو عليه في الواقع فإنه يكون مقصراً بذلك^(٣).

أما وقت خيار الرؤية:

فقال بعض الفقهاء يبقى بقدر ما يتمكن من الفسخ فإذا تمكن من الفسخ بعد الرؤية فلم يفسخ بطل خياره ولزم البيع فيه، وقال غيرهم لا يتوقت، والصحيح الأول مراعاة لمصلحة البائع لأنه قد يبقى العقد معلقاً وفي هذا إضرار بالبائع، والشرعية الإسلامية تعمل على رفع الضرر.

(١) سبق تخريج الحديث (ص ١٢٦).

(٢) سبق تخريج الأثر (ص ١٢٧).

(٣) شرح فتح القدير (٣٣٩/٦)، المجموع (٣٠٠/٩)، المغني (٥٨١/٣، ٥٨٢).

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

المبحث الثالث أسباب النزاع في البيع

ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: النزاع بسبب وجود عيب في المبيع.

المطلب الثاني: النزاع بين المتبايعين بسبب ما يتبع المبيع من الملحقات.

المطلب الثالث: النزاع بين المتبايعين بسبب الاختلاف في الثمن، وصور ذلك.

المطلب الأول

النزاع بين المتبايعين بسبب وجود عيب في المبيع

ويشتمل على أربع مسائل:

المسألة الأولى: هل يجوز للمشتري أن يمسك المبيع ويأخذ من الثمن مقدار النقص؟

المسألة الثانية: إذا اختلفا في العيب هل كان في المبيع قبل العقد، أو حدث عند المشتري؟

المسألة الثالثة: إذا تبايعا بشرط البراءة من كل عيب.

المسألة الرابعة: هل الرد بخيار العيب يكون على الفور أو على التراخي؟

المطلب الأول اختلاف المتبايعين بسبب وجود عيب في المبيع، "وثبوت خيار الرد بالعيب"

إذا تنازع البائع والمشتري بسبب وجود عيب في المبيع فإن الشريعة الإسلامية قد وضعت وسائل لتفادي هذا التراع ورفع قبل وقوعه. بأن شرعت للمتملك خيار الرد بالعيب بأن جعلت له الحق في فسخ مالعقد بسبب وجود عيب في المبيع، ولا خلاف بين الفقهاء في إثبات هذا الخيار، وذلك لأن السلامة من العيوب من مقتضيات العقد لتوقف الانتفاع الكامل عليها وهو مقصود العاقد من العقد، فإذا فاتت هذه السلامة لوجود عيب انعدم الرضا والله تعالى يقول: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تَجَرَّةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

والأصل في إثبات خيار الرد بالعيب حديث المصرة^(١) المشهور الذي ينهى عن التصرية يقول ﷺ: «من اشترى مصراة فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن رضيها أمسكها وإن سخطها ردها وصاع من تمر»^(٢).

(١) المصرة هي الشاة المتروكة حلابها ليتجمع اللبن في ضرعها فيغتر مشتريها بكبر ضرعها. الذخيرة (٦٣/٥).

(٢) البخاري كتاب البيوع، باب النهي للبائع أن لا يحفل الإبل، فتح الباري (٣٦١/٤)، ومسلم في البيوع باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه (١١٥٥/٣) بيروت.

فدل الحديث على مشروعية خيار الرد بالعيب^(١).

ثم إن النبي ﷺ قد قضى برد غلام ابتاعه رجل فأقام عنده مدة ثم تبين له أن فيه عيباً...^(٢).

وجه الدلالة من الحديث:

أن الحديث ظاهر في مشروعية الرد بالعيب.

ولأن مطلق العقد يقتضي وصف السلامة فعند فواته يُتخير لكي لا

(١) وضابط هذا العيب كما قال جمهور الفقهاء كل ما أوجب نقصان الثمن عادة في عرف التجار فهو عيب لأن الضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة، والمرجع في معرفته العرف سواء كان هذا النقصان فاحشاً أو يسيراً، وقد فصل الكاساني وغيره في هذه العيوب التي يرد بها يراجع بداية المجتهد (١٤٣/٢)، بدائع الصنائع (٢٧٤/٥)، مغني المحتاج (٥١/٢)، المغني (٦٨/٤).

وقال المالكية: إن العيب الذي يرد به العيب الذي يُنقص الثمن فقليل العشر وقيل الثلث أما إذا كان النقص يسيراً فلا يرد به يراجع القوانين الفقهية (ص ٢٢٩)، الذخيرة (٨٢/٥، ١١٣)، حاشية الدسوقي (١١٤/٣).

(٢) عن عائشة رضي الله عنها أن رجلاً اشترى عبداً فاستغله ثم وجد به عيباً فردده فقال يا رسول الله إنه قد استغل غلامى فقال ﷺ: الخراج بالضمان. قال الترمذي حديث حسن صحيح (٣٧٦/٢، ٣٧٧)، سنن ابن ماجة كتاب التجارات، باب الخراج بالضمان رقم (٢٢٤٣، ٧٥٤/٢)، مسند الإمام أحمد (٤٩/٦)، (٢٠٨). تلخيص الحبير (٢٢/٣).

يتضرر بلزوم ما لا يرضى به^(١).

فإن اختلفوا في العلم بالعيب:

فقال البائع للمشتري أنت تعلم بهذا العيب قبل الشراء فلا خيار لك وأنكر المشتري علمه بالعيب، فالقول قول المشتري لأنه يدعى الأصل إذ الأصل عدم العلم بالعيب.

وكذلك إذا قال البائع للمشتري أنت رأيت هذا العيب أو رضيت به حال العقد وأنكر ذلك المشتري، فالقول قوله أنه ما رآه، ولا رضي به، ولا يمين عليه إلا أن يحقق البائع هذه الدعوى بأن يقول أخبرك فلان مثلاً فحينئذ يكون القول قول المشتري بيمينه فإن حلف رد المبيع على البائع وإن نكل حلف البائع فإن حلف فلا كلام للمشتري، وهذا إذا لم يُسمَّ البائع من أخبر المشتري أو سَمَّاه وتعدَّر إشهادَه لموت ونحوه وإلا فله أن يقيمه شاهداً ويحلف معه^(٢).

المسألة الأولى: هل يجوز للمشتري أن يمسك المبيع ويأخذ من الثمن مقدار النقص؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على مذهبين:

المذهب الأول: لا يجوز ذلك وليس للمشتري إلا الإمساك بدون شيء

(١) يراجع في هذه المسألة: بدائع الصنائع (٢٧٣/٥)، شرح فتح القدير

(٢٥٥/٦)، الذخيرة (٥٢/٥)، بداية المجتهد (١٣٩/٢)، القوانين الفقهية (ص

٢٨٨)، مغنى المحتاج (٥٠/٢)، المجموع (١٧٥/٩)، المغنى (٥٧٩/٣)،

(٤١٥٩)، العدة شرح العمدة للمقدسى (ص ٢٢٥).

(٢) بلغة السالك (٦٣/٢)، حاشية الخرشى على العدوى (١٤٦/٥).

أورد المبيع وأخذ الثمن وهو مذهب الجمهور من الأحناف، والمالكية، والشافعية^(١).

المذهب الثاني: يجوز ذلك وهو مذهب الإمام أحمد، وبعض أهل العلم^(٢).

الأدلة:

استدل المذهب الأول بما يأتي:

(١) أن النبي ﷺ في حديث المصراة جعل لمشتري المصراة الخيار بين الإمساك من غير أرش، أو الرد.

(٢) ولأن البائع حين باعه بالمسمى لم يرض بزواله عن ملكه إلا به وإن كان معيباً لأن الظاهر علمه به، ولذا اتفق الفقهاء على أنه إن باعه معيباً فوجده سليماً فلا خيار للبائع.

(٣) أن الخيار يثبت لدفع الضرر عن المشتري فلا يتحقق على وجه يوجب ضرراً على الآخر من غير التزام له.

(٤) ولأن المشتري يملك الرد فلا يملك أخذ جزء من الثمن.

أدلة المذهب الثاني:

استدل أصحاب المذهب الثاني بما يأتي:

(١) أنه اطلع على عيب لم يعلم به فكان له الأرش كما لو تعيب

(١) شرح فتح القدير (٣٥٦/٦)، الذخيرة (٦٩/٥)، مغنى المحتاج (٥٠/٢)، الحاوي (٢٣٦/٥) وما بعدها.

(٢) المغنى (٤/١٦٢، ١٦٣)، العدة (ص ٢٢٦).

عنده.

(٢) ولأنه فات عليه جزء من المبيع فكانت له المطالبة بعوضه.

والراجع:

هو المذهب الأول لقوة أدلتهم، ولأنه يراعي مصلحة البائع مع مصلحة المشتري، نعم إذا تراضيا على أخذ أرش النقص فإن ذلك يجوز لأن هذا قائم على الرضا^(١).

المسألة الثانية: إذا اختلفا في العيب هل كان في المبيع قبل العقد أو

حدث عند المشتري؟

لا يخلو هذا من أمرين:

الأول: أن لا يحتمل إلا قول أحدهما كالأصبع الزائدة والشجة المندملة التي لا يمكن حدوث مثلها أو الجرح الطري الذي لا يحتمل كونه قديماً فإن كان كذلك فالقول قول من يدعى ذلك فإن كان أصبغاً زائدة أو جرحاً مندماً فالقول قول المشتري أنه قديم، وإن كان طرياً فالقول قول البائع أنه حادث بغير يمين فيهما لأننا نعلم صدقه وكذب خصمه فلا حاجة إلى استحلافه^(٢).

(١) يراجع في هذه المسألة:

شرح فتح القدير (٣٥٦/٦)، الذخيرة (٦٩/٥)، مغنى المحتاج (٥٠/٢)، المغنى (١٦٢/٤، ١٦٣)، العدة شرح العمدة (ص ٢٢٦).

(٢) بدائع الصنائع (٢٧٩/٥)، المغنى (١٨٣/٣)، مغنى المحتاج (٦١/٢).

الثاني: أن يحتمل قول كل واحد منهما كالحرق في الثوب ونحوه فقد اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين:

المذهب الأول: الجمهور من الأحناف^(١)، والمالكية^(٢)، والشافعية^(٣)، ورواية عن الإمام أحمد^(٤) قالوا: إن القول قول البائع مع يمينه، فيحلف

(١) بدائع الصنائع (٢٨٠/٥)، شرح فتح القدير (٣٨١/٦)، تبين الحقائق (٣٩/٦).

(٢) والمالكية قالوا إنهم إن اختلفوا في قدم العيب وحدوثه، نظر إليه أهل البصر والمعرفة، ونفذ الحكم بما يقتضي قولهم، سواء كانوا مسلمين، أو نصاري إذا لم يوجد غيرهم وإلا حلف البائع على البت في الظاهر من العيوب، وعلى نفى العلم في الخفى، وقيل على نفى العلم فيهما، وله رد اليمين على المشتري بداية المجتهد (١٤٧/٢)، حاشية الدسوقي (١٣٧/٣)، القوانين الفقهية (ص ٢٢٨).

(٣) واستثنى الشافعية مسألتين فإن القول فيهما للمشتري.

الأول: ما لو ادعى المشتري وجود عيبين في يد البائع، فاعترف بإحدهما، وادعى حدوث الآخر في يد المشتري، كان القول قول المشتري، لأن الرد يثبت بإقرار البائع بأحدهما فلا يطل بالشك، قال ابن الرفعة ولا بد من يمين المشتري، فإن نكل لم ترد على البائع لأنها ترد إذا كانت تثبت للمردود عليه حقا، ولا حق له.

الثانية: لو اشترى شيئا غائبا وكان قد رآه وأبرأ البائع من عيب به، ثم أتاه به فقال المشتري قد زاد العيب وأنكر البائع، فإن القول قول المشتري على الأصح المبصرون، لأن البائع يدعى عليه علمه بهذه الصفة فلا يقبل كادعائه اطلاعاً على العيب، معنى المحتاج (٦١/٢).

(٤) كشف القناع (٢١٩/٣)، المغنى (١٨٣/٤).

على حسب جوابه أنني بعتة بريثا من العيب، ويمينه على البت لا على نفى العلم.

وهذا إذا لم يكن للمشتري بينة، لأنها دعوى، وطرق إثباتها البينة واليمين على من أنكر.

المذهب الثاني: الرواية الأخرى عند الحنابلة وقول للشافعية^(١) قالوا: القول قول المشتري فيحلف بالله أنه اشتراه وبه هذا العيب، أو أنه ما حدث عنده، ويكون له الخيار.

الأدلة:

استدل أصحاب المذهب الأول بما يأتي:

(١) أن الأصل سلامة المبيع، وصحة العقد، والبائع يدعى ذلك، والقول قول من يدعى الأصل.

(٢) أن المشتري يدعى عليه استحقاق فسخ البيع، وهو ينكره، والقول قول المنكر.

واستدل أصحاب المذهب الثاني:

(١) أن الأصل عدم القبض في الجزء الفاتت، واستحقاق ما يقابله من الثمن ولزوم العقد في حقه، فكان القول قول من ينفي ذلك.

والراجع الرأي الأول لقوة بأدلتهم، ولأن في ذلك دفع الضرر عن البائع، فكما كان للمشتري حق الرد بالعيب كان للبائع حقا في دفع

(١) مغنى المحتاج (٦١/٢)، المغنى (١٨٣/٤).

الضرر عن نفسه^(١).

فإن اختلفا في ثبوت العيب أي وجوده من عدمه: فلا يمين على البائع، بل على المشتري أن يثبت ذلك بالبينة^(٢).

وقد فصل الأحناف في هذا فقالوا: إن العيوب منها ما يكون ظاهرًا مشاهدًا يقف عليه كل إنسان، فإن هذا يثبت بنظر القاضي أو أمنيّه لأن العيان لا يحتاج إلى البيان، وإن كان لا يقف عليه إلا الأطباء فيثبت بقولهم، وهل يشترط العدد؟

خلاف، وإن كان مما لا يطلع عليه إلا النساء فالقاضي يريهن، ولا يشترط العدد بل تكفي واحدة، والثنتان أحوط، وإن كان لا يثبت إلا بقول الجارية بأن كان العيب في مكان لا يطلع عليه أحد فلا يثبت بقولها، والطريق هو استحلاف البائع.

أما غير ذلك من العيوب كالإبابة، والسرقة، والجنون، فلا يثبت إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين، لأن هذا مما لا يوقف عليه إلا بالخبر، ولا ضرورة فيه فلا بد من اعتبار العدد فيه، كما في سائر الشهادات^(٣).

(١) يراجع في هذه المسألة:

شرح فتح القدير (٣٨١/٦)، بدائع الصنائع (٢٨٠/٥)، بداية المجتهد (١٤٧/٢)، حاشية الدسوقي (١٣٧/٣)، القوانين الفقهية (ص ٢٢٨)، مغنى المحتاج (٦١/٢)، المغنى (١٨٣/٤).

(٢) بداية المجتهد (١٤٧/٢).

(٣) بدائع الصنائع (٢٧٨/٥، ٢٧٩).

فإن لم يقيم المشتري حجة على إثبات العيب هل يستحلف البائع؟ قولان، أصحهما أنه لا يستحلف، ولا يثبت للمشتري حق الرد بالعيب حينئذ وهو قول المالكية^(١).

المسألة الثالثة: إذا تبايعا بشرط البراءة من كل عيب

اختلف الفقهاء في اشتراط هذا الشرط في البيع:

فذهب الأحناف: إلى أن البيع بشرط البراءة من كل عيب صحيح في الحيوان وغيره ويبرأ البائع من كل عيب قائم وقت البيع، معلوم له، أو غير معلوم، ومن كل عيب يحدث إلى وقت القبض، خلافاً لمحمد في الحادث^(٢).

وحجتهم في ذلك:

قالوا لأن ذلك إبراء، والإبراء إسقاط، والإسقاط لا يبطله جهالة الساقط، لأن جهالته لا تفضي إلى المنازعة، وإن كان في ضمنه التمليك، فانتفى المانع، ووجد المقتضى، وهو تصرف العاقل البالغ بإسقاط حقوقه^(٣).

وذهب المالكية: إلى أن ذلك جائز، وهو أن يتبرأ البائع من كل عيب لا يعلمه وذلك في الرقيق خاصة، فلا تجوز في غيره، ورواية أخرى عندهم

(١) حاشية الدسوقي (١٣٧/٣)، بلغة السالك (٦٤/٢).

(٢) شرح فتح القدير (٣٩٦/٦)، بدائع الصنائع (٢٧٦/٥).

(٣) بدائع (٢٧٦/٥)، شرح فتح القدير (٣٩٧/٦).

أن ذلك يجوز في الرقيق والحيوان، وقد حكى ابن القاسم في المدونة عن مالك أن آخر قوله كان إنكار بيع البراءة، إلا ما خفف فيه السلطان، وفي قضاء الديون خاصة^(١).

وحجتهم في ذلك:

ما روي في الموطأ أن عبد الله بن عمر باع غلاماً له بثمانمائة درهم، وباعه على البراءة^(٢).

وإنما خص مالك الرقيق لكون عيوبهم في الأكثر خافية^(٣).

وذهب الشافعية: إلى أنه يبرأ في غير الحيوان كالثياب، والعقار، وللمشتري حينئذ الرد بعيب حدث بعد العقد وقبل القبض، لانصراف الشرط إلى الموجود عند العقد، ولو شرط البراءة عما يحدث لم يصح الشرط لأنه إسقاط للشيء قبل ثبوته فلم يسقط^(٤).

وذهب الحنابلة: إلى أنه إن كان يعلم بالعيب وكتمه فلا يبرأ، وإن لم يكن يعلم فإنه يبرأ، ورواية أخرى عندهم أنه إنما يبرأ إذا أعلم المشتري بالعيب^(٥).

وحجتهم في ذلك:

(١) بداية المجتهد (١٤٨/٢)، القوانين الفقهية (ص ٢٢٨).

(٢) الموطأ للإمام مالك (٤٨/٢) ط/ الحلبي.

(٣) بداية المجتهد (١٤٨/٢).

(٤) مغنى المحتاج (٥٣/٢).

(٥) المغنى (١٩٧/٤).

أنه ورد جواز البراءة من المجهول، فيتخرج على هذا صحة البراءة من كل عيب.

ثم إن رجلين اختصما في مواريث لهما درست فأمرهما النبي ﷺ أن يقتسما ثم يُبرئ كل واحد منهما صاحبه^(١).

فدل على أن البراءة من المجهول جائزة^(٢).

ولأنه إسقاط حق لا تسليم فيه فصح من المجهول، ولا فرق بين الحيوان وغيره.

والرأي الراجح:

جواز البيع شرط البراءة من العيوب، سواء كان المبيع حيوانا، أو غيره، لأن التنازل عن العيوب حق من حقوقهما فلهما إسقاطه^(٣).

المسألة الرابعة: هل الرد بخيار العيب يكون على الفور أو على التراخي؟

إذا ثبت للمشتري الرد بخيار العيب، فهل هذا الرد يكون على الفور أو على التراخي؟ اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين:

(١) سبق تخريج الحديث (ص ٦١).

(٢) المغني (٤/١٩٨).

(٣) يراجع في المسألة: بدائع الصنائع (٥/٢٧٦)، شرح فتح القدير (٦/٣٩٦)،

بداية المجتهد (٢/١٤٨)، القوانين الفقهية (ص ٢٢٨)، مغني المحتاج (٢/٥٣)،

المغني (٤/١٩٧).

المذهب الأول: أن الرد بخيار العيب يكون على الفور^(١) فإذا علم المشتري بالعيب ولم يرد مع إمكانه وحضوره، فيكون ذلك قبولاً منه، ولا يجوز له الرد بعد ذلك، وكذلك إذا فعل في المبيع فعلاً يدل على الرضا مع علمه بوجود العيب كبيعته، أو هبته، أو ركوب الدابة، أو استعمالها، وهو قول أبي يوسف، ومحمد بن الحسن من الحنفية، وقول المالكية، والشافعية، ورواية عند الحنابلة^(٢).

المذهب الثاني: أن الرد بخيار العيب على التراخي، فمتى علم بالعيب فأخر الرد لم يبطل خياره، حتى يوجد منه ما يدل على الرضا، وهو قول أبي حنيفة والراجح عند الإمام أحمد^(٣).

الأدلة:

استدل أصحاب المذهب الأول بما يأتي:

- (١) حديث المصراة، يدل على أن الرد على الفور، وذلك لأن التصرية لا تُعرف قبل هذه المدة.
- (٢) أنه لو لم يكن الخيار على الفور لأدى ذلك إلى الضرر على البائع.

(١) ويقصد بالفورية ها أن يبادر المشتري بالرد على حسب العادة، فلا يؤمر بالعدو والركض.

(٢) شرح فتح القدير (٣٩٦/٦)، حاشية الدسوقي (١٢٠/٣)، القوانين الفقهية (ص ٢٢٩)، مغنى المحتاج (٥٦/٢)، المغنى (١٦٠/٤).

(٣) شرح فتح القدير (٣٩٦/٦)، كشف القناع (٢٢٤/٣)، المغنى (١٦٠/٤)، المحلى (٧٣٣/٩).

(٣) ولأنه خيار ثبت بالفرع لدفع الضرر عن المال، فكان فوراً كالشفعة فيبطل بالتأخير بغير عذر^(١).

واستدل أصحاب المذهب الثاني بما يأتي:

(١) حديث النبي ﷺ: «من اشترى مصراة فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام»^(٢).

وجه الدلالة من الحديث:

أن النبي ﷺ جعل مدة الخيار في عيب المصراة ثلاثة أيام، وذكر الثلاث في الحديث ليس للتوقيت، لأن هذا النوع ليس بمؤقت، بل هو من بناء الأمر على الغالب المعتاد، لأن المبيع إن كان به عيب فإن المشتري يقف عليه في هذه المدة عادة، ولم يجعل النبي ﷺ الرد فور الاطلاع على ما فيها من عيب فدل على أن الرد على التراخي^(٣).

(٢) أنه خيار لدفع ضرر متحقق، فكان على التراخي كالقصاص.

(٣) أن الرد قد ثبت للمشتري بالاتفاق، بما ورد من أدلة قاطعة على تحريم الغش، فلا يجوز أن يسقط إلا بنص، أو إجماع، ولا سبيل إلى وجودهما هنا^(٤).

(١) مغني المحتاج (٥٦/٢)، حاشية الدسوقي (١٢١/٣)، المغني (١٦٠/٤).

(٢) سبق تخريج الحديث (ص ١٠٢).

(٣) المغني (١٦٠/٤)، بدائع الصنائع (٢٩١/٥).

(٤) المغني (١٦٠/٤).

(٤) أن ثبوت هذا النوع من الخيار لاختلال الرضا، والحكم يبقى ما بقي سببه^(١).

والرأي الراجح هو الأول، القائل بأن الرد بالعيب على الفور لقوة أدلتهم، ولأن حديث المصراة لا يدل للمذهب الثاني، والقياس على القصاص لا يجوز، فإن في تأخير القصاص لا ضرر على القاتل بينما هنا متحقق الضرر على البائع، فتحقيقا لمصلحة العاقلين، ودفع الضرر عنهما كان الرد في خيار العيب على الفور^(٢).

(١) المحلى (٧٣٤/٩).

(٢) المراجع السابقة.

المطلب الثاني

النزاع بين المتبايعين بسبب ما يتبع المبيع من الملحقات

ويشتمل على أربع مسائل:

المسألة الأولى: بيع النخل وفيه الثمرة.

المسألة الثانية: إذا استحققت الثمرة للبائع فهل يلزمه قطعها قبل أوانها

ويسلم المبيع للمشتري أو يجوز له تركها في الشجر إلى أوان الجذاذ؟

المسألة الثالثة: حكم الأوراق والأغصان.

المسألة الرابعة: بيع الدار بحقوقها.

المطلب الثاني

التنازع بين المتبايعين بسبب ما يتبع المبيع من الملحقات

قد يتبايع العاقدان ويتم الاتفاق على الثمن والمثمن، ويختلفان في تبعات هذا المبيع، فإذا كان للمبيع ما يتبعه فهل يكون هذا التابع للبائع أو للمشتري؟

ويشتمل على أربعة مسائل:

المسألة الأولى: بيع النخل وفيها الثمرة

إذا اختلف البائع والمشتري بعد الاتفاق على بيع النخل في ثمرته، هل هي تابعة له في بيعه أم لا؟ فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: قالوا: إن هذه الثمرة إما أن تكون مؤبرة^(١) أو غير مؤبرة فإن كانت مؤبرة فإن الثمرة للبائع، وإن كانت غير مؤبرة فإن الثمرة للمشتري ومحل ذلك ما لم يشترط حين العقد أن الثمرة لأحدهما، فإن اشترط ذلك عمل بهذا الشرط سواء اشترط أن تكون للمشتري، أو تكون للبائع، ولا فرق بين الإبار وعدمه عند الشرط، وهو مذهب جمهور

(١) والإبار عند العلماء أن يجعل طلع ذكور النخل في طلع إناثها، وفي سائر الشجر أن تنور وتعقد. بداية المجتهد (١٥٢/٢)، المغني (٧٤/٤)، القاموس المحيط (٣٩١/١).

الفقهاء من المالكية، الشافعية، والحنابلة^(١).

المذهب الثاني: قالوا إن الثمرة للبائع قبل الإبار وبعده فإن من باع نخلاً أو شجراً فيه ثمر فثمرته للبائع، إلا أن يشترطاً أنها للمشتري فإن اشترطاً ذلك عمل بهذا الشرط وهو قول أبي حنيفة^(٢) والأوزاعي^(٣).

المذهب الثالث: قالوا إن الثمرة للمشتري مطلقاً، سواء كان قبل الإبار أو بعده، اشترطاً، أو لم يشترطاً^(٤)، وهو قول ابن أبي ليلى^(٥).

سبب الخلاف:

وسبب الخلاف بين الجمهور وبين الأحناف، معارضة دليل الخطاب

(١) الذخيرة (١٨٢/٥)، بداية المجتهد (١٥٢/٢)، القوانين الفقهية (ص ٢٢٥)،
مغنى المحتاج (٨٦/٢)، العزيز شرح الوجيز مطبوع على المجموع (٣٩/٩)،
الحاوي (٢١٣/٥) وما بعدها، المغنى (٧٤/٤)، كشف القناع (٢٧٩/٣).

(٢) شرح فتح القدير (٢٨٣/٦)، بدائع الصنائع (١٦٤/٥)، المبسوط
(١٦٧/١٣).

(٣) عبد الرحمن بن عمرو الأوزاعي من قبيلة الأوزع إمام الديار الشامية في الفقه
والزهد، له كتاب السنن في الفقه والمسائل توفي سنة ١٥٧ هـ. الأعلام
(٣٢٠/٣)، حلية الأولياء (١٣٥/٦).

(٤) المغنى (٧٤/٤)، شرح فتح القدير (٢٨٣/٦).

(٥) محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى بن بلال الأنصاري الكوفي، كان أبوه من
كبار التابعين وكان من فقهاء الرأي، ولد سنة ٧٤ هـ وتوفي رحمه الله تعالى
سنة ١٤٨ هـ.

وفيات الأعيان (٣١٩/٣)، الأعلام (٦٠/٧).

لدليل مفهوم الأخرى والأولى وهو الذي يسمى فحوى الخطاب، لكنه هاهنا ضعيف، وإن كان في الأصل أقوى من دليل الخطاب. أما سبب الخلاف بين الجمهور وبين ابن أبي ليلى، فهو معارضة القياس للسمع، وهو لا يصح.

الأدلة:

استدل الجمهور على مذهبهم بالسنة والمعقول:
أما السنة:

فما روي أن النبي ﷺ قال: «من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترطه المبتاع»^(١).

وجه الدلالة من الحديث:

أن الحديث صريح في جعل الثمرة للبائع بعد الإبر، وهذا يدل بدليل الخطاب أنها للمشتري قبل الإبر بلا شرط فقد جعل الحديث التأخير حداً لملك البائع للثمرة فيكون ما قبله للمشتري، وإلا لم يكن حداً، ولا كان ذكره في الحديث مفيداً.

أما المعقول:

فقالوا: إنه نماء كامن، لظهوره غاية فكان تابعا لأصله قبل ظهوره وغير تابع لأصله بعد ظهوره، كالحمل في الحيوان إلا بالشرط.

(١) صحيح مسلم بشرح النووي (٣٧/٤) حديث رقم (١٥٤٣) عن ابن عمر، ومالك في الموطأ كتاب الأقضية باب القضاء في رهن الثمر والحيوان (١١٢/٢) ط/الخلي.

أدلة المذهب الثاني:

واستدل الأحناف على مذهبهم بالسنة والمعقول.

أما السنة:

(١) قول النبي ﷺ: «من اشترى أرضاً فيها نخل فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع»^(١).

وجه الدلالة من الحديث:

أن الحديث بهذه الرواية لم يفرق بين كون النخل مؤبداً أو لا، وأنه أثبت لها للبائع مطلقاً.

(٢) قول النبي ﷺ: «من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترطه المبتاع»^(٢).

وجه الدلالة من الحديث:

أن هذه الرواية هي ما استدل بها الجمهور على مذهبهم، ولكن الأحناف استدلوا بها من وجه آخر، وهو باب مفهوم الأحرى والأولى، قالوا إنها إذا وجبت للبائع بعد الإبرار، فالأولى والأحرى أن تجب له قبل الإبرار.

أما المعقول:

(١) قياس الثمرة على الولادة، فمن باع أمة لها ولد، فالولد للبائع إلا

(١) لم أقف على الرواية التي لم تذكر الإبرار.

(٢) سبق تخريج الحديث (ص ١٣٩).

أن يشترطه المشتري، فكذلك الأمر في الثمر.

(٢) قياس الثمر في النخل على الزرع في الأرض، فإن الزرع في الأرض لا يتبع الأصل وكذلك الثمر، لأن كلا منهما متصل للقطع لا للبقاء، ولأنه نماء له حد فلم يتبع أصله في البيع.

(٣) أن النخل اسم لذات الشجر، فلا يدخل ما عداه إلا بقريئة زائدة، ولهذا لا تدخل الثمار^(١).

أدلة المذهب الثالث:

أن الثمار متصلة بالأصل اتصال خلقة، وكل ما كان كذلك فإنه يتبع أصله، قياساً على الأغصان فلما كانت متصلة بالأصل اتصال خلقة فكانت تابعة له، فكذلك الثمر فتكون للمشتري.

المناقشة والترحيج:

مناقشة أدلة الجمهور:

أن الاستدلال بمفهوم الخطاب ليس حجة، فإن الأحناف ينفونه.

الجواب عن المناقشة:

أن عدم اعتبار الأحناف لمفهوم دليل الخطاب، لا يدل على عدم حجته، ولو سلمنا ذلك فيمكن أن يرد عليهم بالأقيسة الآتية:

(١) قياس الثمرة على الجنين، فإنه إن خرج لم يتبع الأصل، وإلا تبع.

(٢) قياس الثمرة على اللبن قبل الحلاب فإن استتار الثمرة في الأكمام

(١) يراجع فتح القدير على الهداية (٢٨٣/٦).

كاستتار الأجنة في الأرحام، واللبن في الضروع، فهذه الأقيسة أولى من قياسهم.

مناقشة أدلة الأحناف:

(١) أن الحديث الذي صُحح هو الذي ذكر الإبار، ثم إنه لو كانت الثمرة للبائع مطلقاً لم يكن لذكر الإبار فائدة وكلام النبي ﷺ متره عن عدم الفائدة، فكان الإبار حداً، فما قبله للمشتري وما بعده للبائع.

(٢) أن قياس الثمر على الولادة لا يجوز، لأن الولد قد انفصل عن أمه، فلو كان حملاً فإن لم يكن ظاهراً فهو للمشتري، وإن كان ظاهراً فهو للبائع وهذا يدل على قول الجمهور.

(٣) أما قياس الثمر على الزرع فلا يجوز، لأن الزرع ليس من نماء الأرض وإنما هو مودع فيها.

مناقشة أدلة ابن أبي ليلى:

وقد عارض بقياسه السماع، ومعارضة السماع بالقياس لا تجوز ثم إن الأغصان تدخل في اسم النخل، وليس لانفصالها غاية بخلاف الثمر.

الرأي الراجح:

بعد عرض المذاهب والأدلة ومناقشتها تبين رجحان مذهب الجمهور، وذلك لقوة أدلتهم، وللدرد على أدلة المخالفين، ولأن في ذلك مصلحة وهي ألا يتقيد التأبير فإنه إن نوى بيع النخل فقد لا يؤبره، والعبرة في هذا بوقت الإبار لا بالإبار نفسه، فلو دخل وقت الإبار ولم يؤبر فإنها تأخذ حكم المؤبرة.

والشجر في هذا له حكم النخل، والعبرة فيه خروجه من أكمامه، أو خروجه من قشره إن كان له قشر، أو تفتح نوره وظهور الثمرة^(١).

المسألة الثانية: إذا استحققت الثمرة للبائع فهل يلزمه قطعها قبل أوانها ويسلم المبيع للمشتري أو يجوز له تركها في الشجر إلى أوان الجذاذ.

اختلف الفقهاء في هذا على مذهبين:

المذهب الأول: قالوا إن الثمرة إذا استحققت للبائع فله تركها في النخل إلى أوان الجذاذ، سواء استحققتها بشرطه، أو بظهورها أي بعد الإبار، وهو مذهب الجمهور من المالكية، والشافعية، والحنابلة^(٢).

المذهب الثاني: قالوا يلزمه قطعها، وتفريغ النخل منها، وهو مذهب الأحناف^(٣).

(١) يراجع في هذه المسألة:

شرح فتح القدير (٢٨٣/٦)، بدائع الصنائع (١٦٤/٥)، الذخيرة (١٨٢/٥)، بداية المجتهد (١٥٢/٢)، القوانين الفقهية (ص ٢٢٥)، مغنى المحتاج (٨٦/٢)، فتح العزيز على المجموع (٣٩/٩)، المغنى (٧٤/٤).

(٢) الذخيرة (١٨٣/٥)، مغنى المحتاج (٨٧/٢، ٨٨)، المغنى (٧٦/٤، ٧٧).

(٣) شرح فتح القدير (٢٨٤/٦).

الأدلة:

استدل الجمهور بما يأتي:

(١) قول النبي ﷺ: «أرأيت إن منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه»^(١).

وجه الدلالة من الحديث:

أن المراد من منع الله الثمرة أي بالجائحة، وهو دليل التبقية حتى أوان الجذاذ.

(٢) أن النقل والتفريغ للمبيع إنما يكون حسب العادة، كما لو باع داراً فيها طعام لم يجب نقله إلا حسب العادة، بان ينقله فوراً وشيئاً بعد شيء إن كان، كثيراً كذلك هاهنا فإن النخل يفرغ من الثمرة في أوان تفريغها، فالمرجع فيه ما جرت به العادة، فإذا جاء أوان الجذاذ ليس له الصبر حتى يأخذها على التدرج، ولا تأخيرها إلى تناهي نضحها، بل المعتبر في ذلك العادة.

(٣) قياساً على الإجارة فيما إذا انتهت الإجارة وفي الأرض زرع فإن الزرع يبقى رضى المؤجر أم لا.

(١) صحيح البخاري كتاب الزكاة، باب من باع ثمارة أو نخله أو أرضه أو زرعته (١٥٦/٢)، ومسلم في المساقاة باب وضع الجوائح عن أنس بن مالك (١١٩٠/٣)، ومالك في الموطأ في البيوع باب النهي عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها (٥١/٢) ط/ الحلبي.

استدل الأحناف بما يأتي:

- (١) أن ملك المشتري مشغول بملك البائع، فكان عليه تفريغه وتسليمه .
 منعاً للضرر الواقع عليه بشرائه شيئاً موقوفاً لا يستطيع الاستفادة منه.
 الرأي الراجح:

تبين رجحان مذهب الجمهور، لأن فيه مصلحة، فبدلاً من أن يفسد الثمرة على البائع إذا ما ألزمنه بقطعها قبل أوانها فلا ينتفع بها يجوز قطعها في أوانها وعدم تأخيرها بعد ذلك حسب العادة، ثم إن المشتري لا ضرر عليه لأنه أقدم على شراء هذا الشيء وهو يعلم أن فيه ثمرة مستحقة للبائع، فيكون هذا دليلاً على رضاه بهذا وأن يبقى ملكه موقوفاً لمدة فلا ضرر حينئذ^(١).

المسألة الثالثة: حكم الأوراق والأغصان

أما حكم الأوراق والأغصان وسائر أجزاء الشجر، فهي للمشتري بكل حال، لأنها من أجزائها، خلقت لمصلحتها، فهي كأجزاء سائر المبيع. واختلّفوا في ورق التوت الذي يؤخذ ويقصد به تغذية دودة القز، فقالوا إن كان عادة أهل البلد أخذ هذا الورق، وتغذية دودة القز به فإنه يأخذ حكم الثمرة، إن تفتح فهو للبائع، ما لم يكن هناك ضرر على

(١) ويستثنى من التبقية صورتان: الأولى: إذا تعذر سقي الثمرة لانقطاع الماء وعظم ضرر الشجر بإبقائها فليس له إبقاؤها، الثانية: إذا أصابتها آفة، ولا فائدة في تركها، فليس له إبقائها. مغنى المحتاج (٨/٢).

الشجر بقطعة، وإن لم يفتح فهو للمشتري.

فإن لم تكن عادتهم ذلك فهو للمشتري، كسائر الورق والأغصان^(١).

المسألة الرابعة: بيع الدار بحقوقها

إذا باع له داراً بإطلاق، فإنما يشمل بيع الدار الثابت فيها ومرافق البناء كالأبواب والرفوف والسُّلَم المثبت^(٢) دون المنقولات^(٣) ويشمل بيع الدار أرضها وبناءها، وما هو متصل بها مما هو من مصلحتها كالرفوف المسمرة، والأوتاد المغروزة، ولا يدخل في بيعها ما ليس من مصالحها كالكثر^(٤) والأحجار المدفونة فيها، ولا ما كان منفصلاً عنها يختص

(١) بدائع الصنائع (١٦٤/٥)، الذخيرة (١٥٦/٥)، مغنى المحتاج (٨٥/٢)، المغنى (٨/٤).

(٢) أما السلم غير المثبت أو المُسَمَّر، فلا يدخل في بيع الدار عند الفقهاء وعند المالكية فيه قولان قول إنه للمشتري وأن العقد يتناوله، وهو قول ابن زرب وابن العطار، وقول بأنه للبائع وأن العقد لا يتناوله إلا بالشرط، وهو قول ابن عات ومحل الخلاف إذا كان السلم لا بد منه لرقى غرف الدار، كما صرح به ابن عرفة والا فلا يتناوله العقد اتفاقاً. حاشية الدسوقي (١٧٤/٣).

(٣) الذخيرة (١٥٦/٥)، مغنى المحتاج (٨٤/٢).

(٤) هذا في الكثر المودع في الأرض لأن ذلك مودع فيها للنقل عنها فأشبه الفرش. أمّا ما يوجد في الأرض من المعادن الجامدة كمعادن الذهب والفضة وغيرهما فإنها تدخل في البيع وتملك بملك الأرض التي هي فيها لأنها من أجزائها، بخلاف المعدن الظاهر فإنه لا يملك بالبيع كالماء، وإنما هو ملك للبائع، المغنى (٨٨/٤)،

بمصلحتها كالفرش، والستائر، والطعام والرفوف الموضوعة على الأوتاد من غير تسمير، والدلو، والقفل، لأن ذلك كله منفصل عنها، فإن كان منفصلاً عنها لكنه من مصالحها كالمفتاح ففيه وجهان:

الأول: لا يدخل في البيع، لأنه منفصل.

الثاني: يدخل في البيع، لأنه لمصلحتها فأشبه المتصل^(١).

فإن كان في الدار أشجار فهل تدخل في بيع الدار، للشافعية في ذلك ثلاثة أوجه: الأول: تدخل، والثاني: لا تدخل، والثالث: الفرق بين أن تكثر هذه الأشجار بحيث يجوز تسميتها بستاناً فلا تدخل في لفظ الدار وبين ألا تكون كذلك فتدخل وهذا كله عند الإطلاق في البيع، فإن قال بعتك هذه الدار بما فيها من شجر فإنه يباع لأن هذا شرط^(٢).

وقال الأحناف: يدخل البستان مطلقاً إذا كان داخل الدار، فإن كان خارجها فلا يدخل^(٣).

وكذلك يدخل في بيع الدار ما كان في الأرض من الحجارة المبني عليها كأساسات الحيطان المتهدمة فإنها للمشتري بالبيع، لأنها من أجزاء الدار كالحيطان.

والفقهاء يريدون بالثابت الثابت في الدار بالفعل حين العقد لا غيره، وإن كان من شأنه الثبوت كباب، ورف مهياين لدار جديدة قبل

(١) المغني (٤/٨٨، ٨٩).

(٢) فتح العزيز شرح الوجيز مطبوع على المجموع (٩/٣٢).

(٣) الهداية على شرح فتح القدير (٦/٢٨١).

التركيب^(١) فلو ادعاه أحدهما لنفسه بأن قال هذا ملكي فإن كانت الدار في يد البائع وادعاه المشتري لنفسه فالقول قول البائع، وإن كانت في يد المشتري فالقول قول المشتري^(٢).

وفي كل هذه المنازعات التي تحصل على تابع البيع قد يتنازل أحدهما للآخر عن حقه، رغبة منه في إنهاء النزاع بينها وقد يتقايلان ويفسحان البيع.

(١) حاشية الدسوقي (١٧٤/٣).

(٢) شرح فتح القدير (٢٨٠/٦).

المطلب الثالث التنازع بين المتبايعين بسبب الاختلاف في الثمن وصور ذلك

وفي مسألتان:

المسألة الأولى: الاختلاف في الثمن والسلعة قائمة.

المسألة الثانية: الاختلاف في الثمن والسلعة هالكة وتالفة.

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

المطلب الثالث

التنازع بين المتبايعين بسبب الاختلاف في الثمن وصور ذلك^(١).

المتبايعان قد يختلفان في جنس الثمن فيقول البائع بعته بدينار، ويقول المشتري بل بثوب، وقد يختلفان في نوع الثمن كذهب وفضة، وقد يختلفان في صفته كدراهم صحاح أو مكسرة^(٢).

فإذا اختلفا المتبايعان في واحدة من هذه، فإن أقام أحدهما بينى قضى لمن أقام البينة، إذ البينة مبيّنة كاسمها، فبقى في الجانب الآخر مجرد دعوى. فإن أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى، لأن البينات شرعت للإثبات^(٣).

وإن عجزا عن إقامة البينة، ولم يرض واحد منهما بما قاله صاحبه بعد

(١) وقد عدّ المالكية صور الاختلاف بين المتبايعين بعد اتفاقهما على صحة البيع ستا وتسعين اختلافا وذلك لأن الاختلاف قد يكون في جنس الثمن، أو في جنس المثل، أو فيهما معا وفي كل قد يكون المبيع ذاتا، أو منفعة، فتكون ستا ويكون مثلها في اختلاف النوع وفي كل إما أن يشبهها أولا، وإما أن يشبهه البائع دون المشتري، أو العكس وسواء كان المبيع قائما أو فائتا. حاشية الدسوقي (١٨٨/٣).

(٢) واشترط الحنابلة للتحالف عند الاختلاف في صفة الثمن عدم وجود مرجح لقول أحدهما وعليه فإنه إذا اختلفا المتبايعان في صفة الثمن فإنه يرجع إلى نقد البلد لأن الظاهر أنهما لا يعقدان إلا به، وإن كان في البلد نقود أخذ بأكثرها رواجاً، فإن لم يكن في البلد إلا نقدان متساويان فينبغي أن يتحالفا كما لو اختلفا في قدر الثمن أو نوعه. المغني (٢١٦/٤).

(٣) حاشية ابن عابدين (٥٥٩/٥)، تبين الحقائق (٣٠٤/٤).

ما قيل لكل واحد منهما إما أن ترضى بما قاله صاحبك وإلا فسخنا البيع عليك، فقد فرق الفقهاء في هذه الحالة بين كون السلعة قائمة أو تالفة على هذا النحو:

المسألة الأولى: اختلاف المتبايعين في الثمن والسلعة قائمة

إذا اختلف المتبايعان في الثمن وكانت السلعة قائمة، فقال البائع بعثك بعشرين وقال المشتري بل عشرة، ولم يكن لأحدهما بينة، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: أنهما يتحالفان ويتفاسخان فإنه إذا حلف كل واحد منهما على نفي دعوى صاحبه، وإثبات دعواه تفاسخا سواء كان هذا الاختلاف في جنس الثمن أو قدره، أو نوعه.

وهو قول أبي حنيفة، والشافعي، والإمام أحمد، ورواية عند المالكية^(١).

المذهب الثاني: القول قول المشتري مع يمينه، وهو قول زفر، والرواية الثانية للمالكية، والظاهرية^(٢).

(١) وقال المالكية إن في اختلاف المتبايعين في مقدار الثمن أربع روايات، فقليل

يتحالفان ويتفاسخان إلا أن يقبض المشتري المبيع فيصدق وقيل يتحالفان

ويتفاسخان بعد القبض، وقيل يتحالفان ويتفاسخان ما لم تفت السلعة، وقيل

يتحالفان ويتفاسخان وإن فاتت. الذخيرة (٣٢٢/٥)، تبين الحقائق

(٤/٣٠٤)، مغنى المحتاج (٢/٩٥).

(٢) انخلى (٩/٣٢٥).

المذهب الثالث: القول قول البائع بيمينه، وهو قول الشعبي^(١) وحكاه ابن المنذر^(٢) عن الإمام أحمد^(٣).

الأدلة:

استدل أصحاب المذهب الأول بالسنة والمعقول.

أما السنة:

(١) ما روي عن النبي ﷺ قال: «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه»^(٤).

(١) عامر بن شراحيل الشعبي، يضرب المثل بحفظه، ولد ونشأ بالكوفة وهو من رجال الحديث الثقات، وكان فقيهاً شاعراً استقضاه عمر بن عبد العزيز، واختلف في اسم أبيه فقيل شراحيل وقيل عبد الله، ونسبته إلى شعب وهو بطن همدان توفي سنة ١٠٣ هـ. الأعلام (٢١٥/٣)، وفيات الأعيان (٢٤٤/١)، حلية الأولياء (٣١٠/٦).

(٢) أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر نزيل مكة شرفها الله، أحد الأئمة الأعلام، قيل توفي سنة ٣٠٩ هـ، وقيل سنة ٣١٠ هـ ونقله النووي وابن خلكان مقتصرين عليه قال الذهبي في تاريخه وليس هذا بشيء لأن محمد بن الحسن بن عمار أحد الرواة عنه لقيه سنة ٣١٦ هـ، له تصانيف كثيرة منها الإجماع، والإشراف، والإقناع. طبقات الشافعية للإسنوي (ص ٣٦٢) ط/ دار الفكر، وفيات الأعيان (٣٤٤/٣)، تهذيب الأسماء واللغات للنووي (١٩٦/٢)، لسان الميزان (٢٧/٥)، الأعلام (٢٩٥/٥).

(٣) المغني (٢١١/٤)، الإنصاف (٤٤٦/٤).

(٤) سبق تخريج الحديث (ص ٣٨).

وجه الدلالة من الحديث:

أن الحديث أثبت اليمين على المدعى عليه، وكل منهما مدعى عليه، فتتوجه اليمين على كل منهما.

(٢) قول النبي ﷺ: «إذا اختلفا المتبايعان والسلعة قائمة ولا بينة لأحدهما تحالفا»^(١).

وجه الدلالة من الحديث:

أن الحديث بهذا اللفظ نص في المسألة، وهو أنه إذا اختلفا والسلعة قائمة وجب التحالف، وفسخ العقد.

أما المعقول:

فلأن كلا منهما مدعى ومدعى عليه فإن البائع يدعى عقدا بعشرين ينكره المشتري، والمشتري يدعى عقدا بعشرة ينكره البائع فشرعت اليمين

(١) رواه النسائي في البيوع باب اختلاف المتبايعين في الثمن عن ابن مسعود وله طرق يقوى بعضها بعضها. سنن النسائي (٣٠٢/٥) ط/ بيروت، وأبو داود عن ابن مسعود وقال البيهقي هذا إسناد حسن موصول وقد روي من أوجه بأسانيد مراسيل إذا جمع بينهما صار الحديث بذلك قويا سنن أبي داود البيوع باب إذا اختلف البيعان (٣٨٥/٣) رقم (٣٥١١)، السنن الكبرى (٣٣٢/٥)، الحاكم في المستدرک (٤٥/٢)، نصب الراية (١٠٧/٤)، ونقل الزيلعي قول ابن الجوزي إن أحاديث هذا الباب فيها مقال فإنما مراسيل وضعاف، وقال صاحب التنقيح والذي يظهر أن حديث ابن مسعود بمجموع طرقه له أصل بل هو حديث حسن يحتاج به لكن في لفظه اختلاف.

في حقهما^(١).

أدلة المذهب الثاني:

(١) أن البائع معترف للمشتري بالملك ويدعى عليه زيادة الثمن، والأصل عُدْمها فكان القول قول مدعى الأصل، وهو يدعى براءة ذمته في العشرة الزائدة.

(٢) أن البائع يدعى عشرة زائدة والمشتري ينكرها، والقول قول المنكر^(٢).

وهو نص حديث: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر».

أدلة المذهب الثالث:

(١) ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «إذا اختلف المتبايعان والمبيع قائم، وليس بينهما بينة فالقول ما قال البائع، أو يترادان البيع»^(٣). وهو نص في كون القول للبائع.

الترجيح:

بعد عرض المذاهب، والأدلة تبين أن أصحاب القول الأول يحتجون بالسنة وكذلك أصحاب المذهب الثالث وعلى ذلك فيمكن التوفيق بين القولين، لأن الجمع بين الأقوال أولى من الترجيح لأن في الجمع إعمال

(١) الذخيرة (٣٢٢/٥)، المغني (٢١٢/٤)، مغني المحتاج (٩٥/٢).

(٢) الذخيرة (٣٢٣/٥)، المغني (٢١٢/٤).

(٣) النسائي في البيوع باب اختلاف المتبايعين في الثمن (٣٠٢/٧) ط/ بيروت، أبو

داود في البيوع باب إذا اختلف البيعان والمبيع قائم (٢٨٥/٣)، نصب الرأية

(١٠٥/٤).

القولين وفي الترجيح إهمال أحدهما، وإعمال القول خير من إهماله.
 فيمكن أن نقول إن القول قول البائع مع يمينه فإذا حلف فرضى
 المشتري بذلك أخذ به، وإن أبى حلف المشتري وفسخ البيع بينهما.
 أما أصحاب القول الثاني الذين قالوا إن القول قول المشتري بيمينه فإن
 ما اعتمدوا عليه من أدلة عقلية لا تقوى على معارضة ما استدل به
 أصحاب القول الأول والثالث من أدلة نقلية رويت عن النبي ﷺ، ثم إن
 كلا من البائع والمشتري عند الاختلاف في الثمن مدعى ومدعى عليه
 والأصل أن اليمين على المدعى عليه^(١).

المسألة الثانية: اختلاف المتبايعين في الثمن والسلعة هالكة وتالفة
 فإن كانت السلعة التي وقع العقد عليها هالكة وتالفة واختلف المتبايعان
 في الثمن فهل القول قول البائع أو قول المشتري؟ اختلف الفقهاء في ذلك
 على مذهبين:

المذهب الأول: القول قول المشتري مع يمينه.
 وهو قول الأحناف^(٢) ورواية عن المالكية^(٣) ورواية عن

(١) تبين الحقائق (٣٠٤/٤) وما بعدها، حاشية ابن عابدين (٣٦/٥)، بداية
 المجتهد (١٥٤/٢)، الذخيرة (٣٢٢/٥)، حاشية الدسوقي (١٨٨/٣)، مغنى
 المحتاج (٩٥/٢)، فتح العزيز على المجموع (١٤٩/٩)، المغنى (٢١١/٤).

(٢) بدائع الصنائع (٢٦٢/٥)، تبين الحقائق (٣٠٤/٤).

(٣) فإن القول عند المالكية للمشتري بشرطين الأول: إن ادعى الأشبه أى ادعى
 المعتاد فإن انفرد البائع بالأشبه فالقول قوله بيمين، وإن لم يشبهها معا تحالفا

الحنابلة^(١).

المذهب الثاني: أنهما يتحالفان ويرجع إلى القيمة في المقوم ومثلها في المثل إلا أن يشاء المشتري أن يعطى الثمن على ما قال البائع فيجوز، وهو قول الشافعية ورواية عن مالك، وقول محمد بن الحسن من الأحناف، ورواية عن الإمام أحمد^(٢).

الأدلة:

استدل أصحاب المذهب الأول بما يأتي:

(١) قول النبي ﷺ: «البينة على المدعى واليمين على من أنكر»^(٣).

وجه الدلالة من الحديث:

أن النبي ﷺ جعل اليمين حجة المنكر، والبائع ليس بمنكر فلا تكون اليمين حجة له، وكذا المشتري ليس بمدع لأن العقد حقه وقد سلم له المبيع.

(٢) ما روي أن النبي ﷺ قال: «إذا اختلفا المتبايعان والسلعة قائمة تجالفا وترادا»^(٤).

وقضى بالقيمة في المقوم، والمثل في المثل وقضى للحالف على الناكل، الثاني:

أن تكون السلعة هالكة وفائتة. حاشية الدسوقي (١٣/١٨٩، ١٩٠).

(١) المغني (٤/٢١٤، ٢١٥).

(٢) تكملة المجموع (١٣/٧٠)، المهذب (١/٢٩٤)، بدائع الصنائع (٥/٢٦٢).

(٣) سبق تخريج الحديث (ص ٣٨).

(٤) سبق تخريج الحديث (ص ١٦٠).

وجه الدلالة من الحديث:

أن الحديث يفهم منه أن التحالف عند قيام السلعة، أما عند تلفها فلا يشرع التحالف، وفي قوله ﷺ «وترادا» ما يفهم منه شرط قيام السلعة، لأن التراد يكون في القائم دون الهالك.

(٣) ولأنهما اتفقا على نقل السلعة إلى المشتري واستحقاق عشرة في ثمنها، واختلف في عشرة زائدة، البائع يدعيها والمشتري ينكرها، والقول قول المنكر، وتركنا هذا حال قيام السلعة للحديث الوارد فيه فيكون ما عداه يبقى على القاعدة.

(٤) أن حال هلاك السلعة ليس في معنى حال قيام السلعة، لأنه عند قيام السلعة يندفع الضرر عن كل واحد منهما بالتحالف، فإنه يفسخ العقد فيعود إلى كل واحد منهما رأس ماله بعينه، وبعد هلاك السلعة لا يحصل ذلك فالعقد بعد هلاك السلعة لا يحتمل الفسخ، ألا ترى أن لا يفسخ بالإقالة والرد بالعيب فكذلك التحالف، وهذا لأن الفسخ لا يرد إلا على ما ورد العقد عليه والمعقود عليه هلك لا إلى بدل.

(٥) أن المبيع إذا قبض وصار في يد المشتري فهو مضمون على مشتريه بالثمن فلو جاز تحالفهما بعد الثمن لصار مضمونا عليه بالقيمة دون الثمن، وهذا مما ينافي ضمان العقد^(١).

(١) الحاوي (٦/٢٤٠)، تكملة المجموع (١٣/٧١).

أدلة المذهب الثاني:

(١) قول النبي ﷺ: «إذا اختلفا المتبايعان تحالفا وترادا»^(١).

وجه الدلالة من الحديث:

أن الحديث أثبت التحالف مطلقا من غير اشتراط قيام السلعة.

(٢) قول النبي ﷺ: «إذا اختلفا المتبايعان فالقول قول البائع

والمشتري بالخيار»^(٢).

وجه الدلالة من الحديث:

أن هذا الحديث عام في أن القول للبائع، سواء كانت السلعة قائمة، أو

تالفة وذلك لأن يمين المشتري معلومة^(٣).

(٣) قول النبي ﷺ: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر».

وجه الدلالة من الحديث:

أن كلا منهما مدع ومدعى عليه، فيشرع اليمين كحال قيام السلعة.

(٤) أن التحالف يثبت لدفع الضرر، واستدراك الظلامة وهذا المعنى

موجود بعد هلاك السلعة ثابت فوجب أن يثبت التحالف^(٤).

(٥) أن التحالف فيه فائدة وهي تسليم ما يدعيه البائع على تقدير

(١) سبق تخريجه (ص ١٥٤).

(٢) سبق تخريجه (ص ١٦٠).

(٣) المبسوط (٣١/١٣)، تبين الحقائق (٣٠٧/٤).

(٤) المهذب (٢٩٤/١)، تكملة المجموع (٧٠/١٣).

نكول المشتري، أو سقوط الثمن كله عن المشتري على تقدير عدم نكوله^(١).

المناقشة وال ترجيح:

وقد نوقشت أدلة أصحاب المذهب الأول بما يأتي:

أن أحاديث الباب لم يثبت منها شيء، قال ابن المنذر ليس في هذا الباب حديث يعتمد عليه.

ثم إن قول النبي ﷺ والسلعة قائمة، زيادة انفرد بها ابن أبي ليلى وخالف فيها الجماعة في رواية هذا الحديث^(٢).

وأما القول بأن قول النبي ﷺ: «إذا اختلفا المتبايعان تحالفا وترادا» مطلق محمول على المقيد وهو قوله ﷺ: «إذا اختلفا المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا»، فإن هذا لا يصح لأن هذا ليس من المقيد الذي يحمل إطلاق جنسه عليه، لأن الخبر المطلق يوجب تحالفهما مع بقاء السلعة وتلفها والخبر المقيد يوجب تحالفهما في حال بقاء السلعة فقط فصار قوله «والسلعة قائمة» في الخبر المقيد بعض ما تناوله الخبر المطلق وذلك لا يوجب التخصيص لأنه لا ينافيه^(٣).

(١) تبين الحقائق (٣٠٧/٤).

(٢) السنن الكبرى (٣٣٣/٥) كتاب البيوع باب اختلاف المتبايعين ط/ دار المعرفة بيروت.

(٣) تكملة المجموع (٧١/١٣).

فإن قيل ما فائدة قوله ﷺ: «والسلعة قائمة» مع استواء الحكم في قيامها وتلفها؟

قلنا يَحْتَمَل وجوها:

(١) التنبيه على عدم سقوطه أي التحالف في حالة أدنى منها وهي حالة التلف، لأن في حالة قيام السلعة يمكن تمييز الصادق من الكاذب، بخلاف التلف، فإذا كان يجري التحالف مع إمكان المعرفة فأولى أن يجري عند عدم الإمكان^(١).

(٢) أنه نص على بقاء السلعة فإن تلفها قد يكون مبطلا للعقد إذا كان قبل القبض، وبقاؤها ليس يبطل معه العقد.

أما القول بأن التراد إنما يكون في القائم دون الهالك، فيرد عليه بأن التراد مع التلف ممكن بأن يرجع كل منهما بمثل المثلى وقيمة القيمي^(٢).

ولأن التحالف يثبت لدفع الضرر، واستدراك الظلامة، وهذا المعنى موجود بعد هلاك السلعة فوجب أن يثبت التحالف^(٣).

أما الرد على قولهم أن المشتري منكر، فإن كلا منهما مدع ومنكر.

أما الرد على قياسهم ذلك على الرد بالعيب فالمعنى فيه أن العيب فيما تلف بقدر استدراك ظلامه الأرض فلم يفسخ، وليس كذلك في اختلافهما

(١) تبين الحقائق (٣٠٧/٤)، المبسوط (٣١/١٣).

(٢) نيل الأوطار (٩١/٥).

(٣) المهذب (٢٩٤/١)، تكملة المجموع (٧٠/١٣، ٧١).

لأن كل واحد منهما لا يقدر على استدراك ظلامته إلا بالتحالف، فجاز أن يتحالفا مع التلف.

أما الجواب عن قولهم إن السلعة بعد تلفها لا تقبل الفسخ بعد التلف فإن هناك صوراً لبعض العقود ذكرها الفقهاء تقبل الفسخ بعد التلف.

فيترجح القول بالتحالف، وهو المذهب الثاني لقوة أدلتهم، ولأنه إذا ثبت التحالف مع قيام السلعة مع أنه يمكن معرفة ثمنها، فمع تعذر ذلك أولى، وحتى ينتهي التراع بينهما.

فإذا تحالفا فإن رضى أحدهما بما قال الآخر لم يفسخ العقد لعدم الحاجة إلى فسخة، وتنتهى بذلك المنازعة.

ون لم يرضيا فلكل واحد منها فسخه، ويرد البائع الثمن، ويدفع المشتري قيمة السلعة، فإن كان من جنس واحد وتساويا تقاصا لأنه دين، والمقاصة جائزة في الديون، أو يجري بينهما وسائل إنهاء التراع في الديون بأن يصطلحا من ذلك، أو يرى البائع المشتري من الزيادة، أو غير ذلك من الوسائل لإنهاء التراع في الديون والتي ستأتى في الفصل الثالث^(١).

هذا إذا كان الاختلاف في جنس الثمن، أو في قدره، أو نوعه، أو صفته فإن كان الاختلاف في القبض فإن الأصل بقاء الثمن عند المشتري وبقاء السلعة عند البائع إلا لعرف بقبض الثمن، أو المثلن قبل المفارقة لمن وافقه العرف بيمينه، لأن العرف كالشاهد فإن لم يكن عرف فالقول قول

(١) ويراجع في هذه المسألة بدائع الصنائع (٢٦٢/٥)، إيثار الإنصاف (ص

٣١٠)، مغنى المحتاج (٩٧/٢)، حاشية الدسوقي (١٨٩/٣، ١٩٠)، المغنى

(٢١٤/٤، ٢١٥).

من يدعى الأصل، وكذلك طول الزمن في الحيوان والعقار طولاً يقضى العرف بأن البائع لا يصير بالثمن إلى مثله، وقيل إن لم يكن عرف فالقول قول المشتري لأنه منكر للقبض والقول قول المنكر مع يمينه، ولأن عدم القبض هو الأصل ووجوده عارض فكان المشتري متمسكاً بالأصل^(١).

فإن اختلفا في أجل، أو رهن، أو في قدرهما، أو شرط خيار، أو ضمين، أو غير ذلك من الشروط الصحيحة.

فقليل يتحالفان كما لو اختلفا في قدر الثمن، وهو قول الشافعية، وقول لمالك، ورواية عن الإمام أحمد، وقيل القول قول من ينفي ذلك مع يمينه لأن الأصل عدم هذه الأشياء فالقول قول من يدعى هذا الأصل، وهو منكر والقول قول المنكر وهو قول أبي حنيفة، ورواية عن أحمد، وقيل القول: قول من يوافق قوله العرف في بيع السلعة وهو قول للمالكية، وبعض الحنابلة^(٢).

والاختلاف في المبيع في قدره وصفته وقبضه كالاختلاف في الثمن في وجوب التحالف^(٣) والتفاسخ على أرجح الأقوال في المذاهب خلافاً

(١) حاشية الدسوقي (١٩١/٣).

(٢) الذخيرة (٣٢٣/٥)، مغنى المحتاج (٩٧/٢)، فتح العزيز (١٥٥/٩)، المغنى (٢١٧/٤).

(٣) فإن قلنا بوجوب التحالف على الأرجح فمن يتدى باليمين منهما؟ فقليل يتدى البائع وهو قول أبي حنيفة، وأبي يوسف، والمشهور عند مالك، والظاهر عند الشافعية، ومذهب الإمام أحمد، فيحلف ما بعته بعشرة وإنما بعته بعشرين،

للحنابلة الذين قالوا إن القول في ذلك قول البائع مع يمينه^(١).

=

فإن شاء المشتري أخذ بما قال وإلا يحلف بأنه ما اشتراه بعشرين وإنما اشتراه بعشرة. وقيل يبتدئ المشتري، وهو المذهب عند الأحناف، ورواية لمالك، وقول عند الشافعية، وقيل يقرع بينهما أو يتحرى الحاكم وهو قول بعض المالكية وبعض الحنابلة.

واستدل أصحاب المذهب الأول. يقول النبي ﷺ: «إذا اختلف المتبايعان وليس بينهما بينة فالقول ما قال البائع أو يتردان البيع» فالحديث صريح في البدء بالبائع، ولأن البائع جانبه أقوى لإيهما إذا تحالفا عاد المبيع إليه فكان أقوى كصاحب اليد. المغني (٢١٢/٤)، الذخيرة (١٣٠/٥) ولأن ملك البائع على الثمن قد تم بالعقد وملك المشتري على المبيع لا يكون إلا بالقبض مغنى المحتاج (٩٦/٢)، روضة الطالبين (٥٧/١٣).

أما أصحاب القول الثاني فقالوا إن المشتري منكر واليمين في جانبه أقوى وأيضاً الثمن من جهته ويقضى بنكوله وينفصل الحكم وما كان أقرب إلى فصل الخصومة كان أولى لذلك تتوجه اليمين إليه، فإن نكل قضى بنكوله، أما من قال يقرع بينهما فلائهما سواء وكلاهما يدافع عن حقه. والراجح المذهب الأول ولأن البائع منكر النقص أيضاً وجانبه أقوى. حاشية الدسوقي (١٨٨/٣، ١٨٩).

(١) شرح منتهى الإرادات (٢٣٩/٣).

المبحث الرابع الوسائل التي قررتها الشريعة الإسلامية لإنهاء النزاع بين المتبايعين

ويشتمل على مطلبين:

المطلب الأول: إنهاء النزاع بالفسخ.

المطلب الثاني: إنهاء النزاع بالإقالة.

المسألة: الاختلاف في حقيقة الإقالة هل هي بيع أو فسخ؟

المبحث الثالث المطلب الأول: إنهاء النزاع بالفسخ

قلت إن الشريعة الإسلامية حرصت على تفادي النزاع بين المتابعين قبل وقوعه، وحرصت أيضاً على إنهاء هذا النزاع إذا وقع بالتحالف والتفاسخ فإن التفاسخ، رفع للنزاع بعد وقوعه وقبل اتساعه فقد يكون التفاسخ بعد التحالف^(١) وقد يكون بدون تحالف، فالفسخ رفع حكم

(١) ولقد اختلف الفقهاء في الفسخ بعد التحالف في مسألتين:

إحدهما هل يفسخ البيع بنفس التحالف أو لا بد من فسخ أحدهما؟

ذهب الإمام أحمد، وقول للمالكية، والظاهر عند الشافعية إلى أن العقد لا يفسخ بمجرد التحالف بل لا بد من فسخ أحدهما للعقد لأنه عقد صحيح فتنازعهما وتعارضهما لا يفسخه، كما لو أقام كل واحد منهما بينة بما ادعاه لكن إذا رضى أحدهما بما قال صاحبه أقر العقد بينهما، وإن لم يرضيا وتحالف فلكل واحد منهما الفسخ، ولأنه فسخ لاستدراك الظلامة فأشبه الرد بالعيب.

ومقابل الصحيح للشافعية، وقول سحنون من المالكية إن العقد يفسخ بمجرد التحالف كاللعان والراجع الأول تحقيقاً للمصلحتين معاً.

ثانيهما: وإذا قلنا إنه لا بد من فسخ أحدهما فهل يكفي فسخ أحدهما للعقد أو لا بد من حكم حاكم بذلك؟

ذهب الأحناف، والصحيح عند الشافعية، وقول للمالكية، وقول للإمام أحمد إلى أن الفسخ يحتاج إلى حكم حاكم، وذلك لأن العقد صحيح وأحدهما ظالم، وإنما يفسخه الحاكم لتعذر إمضائه في الحكم، فأشبه نكاح المرأة إذا زوجها الوليان وجهل السابق منهما، ثم إنه فسخ مجتهد فيه فلا يفسخه أحدهما.

وذهب الإمام أحمد، وقول للمالكية، والشافعية، إلى أنه لا يحتاج إلى حكم حاكم

العقد الغير لازم كالبيع الذي فيه أحد الخيارات، وكذلك البيع الفاسد، وكذلك البيع الذي وقع فيه الاختلاف، والتحالف، وإذا حصل الفسخ وجب رد السلعة المبعة على بائعها، سواء قيل إن الفسخ قد وقع ظاهراً وباطناً أو ظاهراً فقط.

المطلب الثاني: إنهاء النزاع بالإقالة

فلما كان الخلاص من خبث البيع الفاسد والمكروه بالفسخ وجوباً، كانت الإقالة تعني رفع حكم البيع الصحيح اللازم إذا كان فيه غبن لأحد العاقلين ولم يكن لأحدهما خيار، والإقالة جائزة من العاقلين مندوب إليها، والأصل في ذلك قول النبي ﷺ: «من أقال نادماً بيعته أقال الله

=

بل يكفي فسخ أحدهما وذلك لأن ظاهر قوله ﷺ «أو يترادان البيع» يدل على استقلالهما بذلك، ولأنه فسخ لاستدراك الظلامة فأشبه الرد بالغيب ولا يشبه النكاح لأن لكل واحد من الزوجين الاستقلال بالطلاق، والراجح المذهب الثاني، وثمره الخلاف تظهر فيما لو رضي أحدهما قبل الحكم بإمضاء العقد بما قال الآخر فلو قلنا لا بد من حكم حاكم فإنه يعمل بهذا الرضا ويكون قبولاً ويمضى العقد، وإن قلنا لا يشترط فلا يفيد هذا القبول وهذا الرضا لحصوله بعد فسخ العقد، ولكنه قد يعتبر إيجاباً جديداً إذا رضي البائع.

يراجع المغني (٢١٢/٤)، الذخيرة (٣٣١/٥)، مغني المحتاج (٩٦/٢)، حاشية الدسوقي (١٨٩/٣)، فتح العزيز شرح الوجيز على المجموع (١٥٠/٩).

عشرته يوم القيامة»^(١).

ولأن العقد حقهما، فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما^(٢).

وإذا كان الأصل في العقود اللزوم إلا أن أحد العاقدين قد يجد نفسه بعد التعاقد مع آخر، وارتباطه معه ليس في حاجة إلى هذه الصفقة فيطلب الإقالة إذ ليس هناك من سبيل للخلاص إلا بها، لذلك شرعت الإقالة تيسيراً على الناس ورحمة بهم قال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ [المائدة: ٢] فإن الإقالة من التعاون على البر، لأنها تعمل على رفع التراع بين المتبايعين^(٣).

وهي تكون بأن يرد المشتري المبيع ويرد البائع الثمن فإن شرطاً في الإقالة أكثر من الثمن الأول أو أقل فقد اختلف الفقهاء في ذلك وهذا الاختلاف مبني على الاختلاف في الإقالة هل هي فسخ البيع الواقع أم أنها بيع جديد؟

(١) سنن أبي داود (٢٧٤/٣) رقم (٣٤٦٠) ط/ بيروت، ابن ماجه (٧٤١/٢) بلفظ مختلف كتاب التجارات باب الإقالة ط/ الحلبي، وأخرجه الحاكم وقال صحيح على شرط الشيخين.

(٢) بدائع الصنائع (٣٠٦/٥)، شرح فتح القدير (٤٨٦/٦).

(٣) يراجع المبدع شرح المقنع (١٢٣/٤).

الاختلاف في حقيقة الإقالة هل هي بيع أو فسخ^(١)؟

ولقد اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: أن الإقالة فسخ العقد الواقع، وهو مذهب الشافعي،

ورواية عن أحمد، وقول محمد بن الحسن، وزفر من الأحناف.

المذهب الثاني: أن الإقالة بيع وهو مذهب مالك، ورواية عن أحمد،

وقول أبي يوسف صاحب أبي حنيفة.

المذهب الثالث: أن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين وبيع في حق غيرهما،

وهو مذهب أبي حنيفة.

الأدلة:

استدل أصحاب القول الأول على أن الإقالة فسخ بالسنة والمعقول.

أما السنة:

(١) فما روي أن النبي ﷺ قال: «من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى

يقبضه ويستوفيه إلا أن يشترك فيه أو يوليه أو يقيه»^(٢).

(١) هذا إذا كانت الإقالة بلفظ الإقالة وما اشتق منه، فإن كانت بلفظ البيع فقد

اتفق الفقهاء على أنها تكون بيعاً في حق العاقدين أو غيرهما، فإن كانت بلفظ

الرفع أو الرد أو الفسخ فإنما تكون فسخاً بلا خلاف.

(٢) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه كتاب البيوع باب التولية في البيع والإقالة رقم

(٤٢٥٧ ٤٩/٨ ط / المجلس العلمي، وأبو داود في مراسيله باب ما جاء في

التولية (٢٤٧/٣).

وجه الدلالة من الحديث:

أن النبي ﷺ سَمَّاها إقالة ولم يسمها بيعاً، فكانت الإقالة فسخاً للبيع السابق.
أما المعقول:

(٢) فإن الإقالة هي الدفع والإزالة، يقال أقال الله عثرتك أي أزالها، فهذا يدل على أن الإقالة فسخ البيع السابق.

وقال ابن المنذر: وفي إجماعهم أن رسول الله ﷺ نَهَى عن بيع الطعام قبل قبضه مع إجماعهم على أن له أن يقلل المسلم المسلم إليه من جميع المسلم فيه قبل قبضه دليل على أن الإقالة ليست بيعاً.

(٣) أنها تتقيد بالثمن الأول، ولو كانت بيعاً لما تقيدت به وجازت بأكثر منه أو أقل.

(٤) ولأن المبيع عاد إلى البائع بلفظ لا ينعقد به البيع، فكانت فسخاً كالرد بالعيب^(١).

أدلة المذهب الثاني: استدلوا بالسنة والمعقول.

دليل السنة:

(١) أن النبي ﷺ دخل السوق فقال يا أهل البقيع لا يفترق البائعان إلا

(١) بدائع الصنائع (٣٠٦/٥)، شرح فتح القدير (٤٨٨/٦، ٤٨٩)، المنتقى

(٨٧/٥)، التاج والإكليل (٤٨٥/٤)، فتح العزيز (٣٨٤/٨)، المغنى

(١٣٥/٤).

عن تراض، البيع بيع والحوالة والتولية بيع والإقالة بيع^(١).
وجه الدلالة من الحديث:

أن الحديث صريح في أن الإقالة بيع، وبيانه ﷺ حجة.
أما المعقول:

(١) أن المبيع عاد إلى البائع على الجهة التي خرج منها فلما كان الأول بيعاً كذلك الثاني، ولأنه نقل الملك بعوض على وجه التراضي فكان بيعاً كالأول.

(٢) ثم إن الإقالة تسقط بهلاك المبيع، وترد بالعيب وتثبت بها الشفعة وهذه أحكام البيع^(٢).

أدلة المذهب الثالث:

وقد استدل أبو حنيفة على قوله إن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق غيرهما بما استدل به أصحاب المذهب الأول على أن الإقالة فسخ، ثم استدل على أن الإقالة بيع في حق غيرهما بأن كل واحد يأخذ رأس ماله ببدل وهذا معنى البيع إلا أنه لا يمكن إظهار معنى البيع في حق

(١) ذكره صاحب كتاب شرح النيل (٢٢٧/٩)، وقال بعد أن ذكره لولا هذا الحديث لقلت الإقالة فسخ بيع، وهو حديث لم يذكره أصحاب السنن ولم أجده في المصادر الفقهية المعتمدة مما يعني عدم شهرته بل عدم صحته وإلا لو صح لما قال أحد إن الإقالة فسخ.

(٢) بداية المجتهد (١١٤/٢)، شرح فتح القدير (٤٨٨/٦، ٤٨٩)، المغنى (١٣٥/٤).

العاقدين للتنافي بين البيع والفسخ فأظهرناه في حق الثالث، وهذا ليس بممتنع ألا ترى أنه لا يمتنع أن يجعل الفعل الواحد من شخص واحد طاعة من وجه ومعصية من وجه فمن شخصين أولى^(١).

المناقشة وال ترجيح:

مناقشة أدلة المذهب الأول:

(١) أن الحديث الذي استدلوا به مرسل، فلا يحتج به، وعلى فرض صحته فهو حجة عليهم لا لهم، إذ هو يؤكد أن الإقالة بيع فإن فيه النهي عن البيع قبل القبض إلا من كان شريكا أو ولياً، أو أقال، وهذا يدل على أن الإقالة بيع مستثنى من جملة البيوع^(٢).

الجواب عن المناقشة:

أن التعبير بلفظ الإقالة وأنها تدل على الفسخ، كما أنها تخالف البيع، والعرف لا يعتبر الإقالة بيعاً، والناس متفقون على أن معنى لفظ الإقالة لا يخرج عن الرفع، والإزالة، والإسقاط وهذا المعنى يتحقق في الفسخ ولا يتحقق في البيع، فظهر أن الإقالة فسخ البيع الأول.

(١). بدائع الصنائع (٣٠٦/٥)، شرح فتح القدير (٤٨٨/٦، ٤٨٩) وعلى هذا القول لا تثبت أحكام البيع في حقهما بل تجوز في السلم وفي المبيع قبل قبضه لأنها فسخ في حقهما أي رد حكم البيع الأول، ويثبت حكم البيع في حق الشفيع فيجوز له أخذ الشقص الذي تقايلا منه بالشفعة، وغير ذلك من الأحكام التي تثبت للبيع، بدائع الصنائع (٣٠٦/٥).

(٢) المحلى (٥/٦).

مناقشة أدلة القول الثاني:

- (١) أن الحديث الذي استدلوا به غير صحيح فلا يحتاج به إذ لو صح الاحتجاج به لما جاز لأحد من الفقهاء أن يقول إن الإقالة فسخ.
- (٢) إذا سلمنا أن من مقتضيات الإقالة مبادلة المال بالمال بالتراضي، فإننا لا نسلم أن الإقالة بيع، لأن المراد بالبيع ما كان مفيداً لهذه المبادلة والإقالة تراجع بطريق الرفع^(١)، ثم إنها تتقيد بالثمن الأول فاختلفت عن البيع.

مناقشة أدلة القول الثالث:

أن ما كان فسخاً في حق العاقدين كان فسخاً في حق غيرهما، كالرد بالعيب والفسخ بالخيار، ولأن حقيقة الفسخ لا تختلف بالنسبة إلى شخص دون شخص، الأصل اعتبار الحقائق.

الرأي الراجح:

بعد عرض المذاهب والأدلة تبين رجحان المذهب الأول القائل بأن الإقالة فسخ البيع، وذلك لقوة أدلتهم، ولرد أدلة المخالفين ومناقشتها.

ولما فيه من المصلحة، لأن الإقالة إنما شرعت لدفع الضرر عن المتضرر، فهي فسخ وإزالة ما حدث من ضرر قبل ذلك، وليس بيعاً جديداً.

ثمرة الخلاف:

وتظهر فائدة الخلاف الواقع بين الفقهاء في كون الإقالة فسخاً أو بيعاً،

(١) شرح فتح القدير (٦/٤٨٩).

فيما إذا وقعت الإقالة بأكثر من الثمن الأول أو أقل أو لم يسميا ثمنا فمن قال إن الإقالة فسخ قال إن شرطاً أكثر أو أقل فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الأول ويطل ما نطقاً به من الزيادة والنقصان على الثمن الأول، وكذلك إذا تقايلاً بغير جنس الثمن الأول فإنه يرجع إلى جنس الأول، أما من قال إن الإقالة بيع جديد فقال يجوز الزيادة والنقصان عن الثمن الأول^(١).

وكذلك الإقالة قبل قبض المبيع، فمن قال إن الإقالة بيع قال لا تصح قبل القبض، وتكون الإقالة قبل القبض في حكم بيع المبيع قبل قبضه، وهو منهي عنه، فلا يصح.

أما من قال إن الإقالة فسخ فقال تجوز الإقالة قبل قبض المبيع وهو مدلول قول النبي ﷺ: «من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه إلا ما كان من شراك أو إقالة أو تولية»^(٢).

فقد استثنى الإقالة في جوازها قبل القبض من نهيه عن بيع الطعام قبل قبضه على سبيل الرخصة^(٣). أ.هـ—

والله أعلى وأعلم بالصواب

(١) شرح القدير (٤٨٦/٦، ٤٨٧)، بدائع الصنائع (٣٠٧/٥)، المنتقى (٨٧/٥).

(٢) سبق تخريج الحديث (ص ٩٤).

(٣) يراجع في المسألة:

بدائع الصنائع (٣٠٦/٥، ٣٠٧)، شرح فتح القدير والعناية والهداية (٤٨٨/٦)،

التاج والإكليل (٤٨٥/٤)، الذخيرة (١٤/٥)، المغني (١٣٥/٤)، أحكام

المعاملات الشرعية (ص ٣٣٢).

رَفْعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الفصل الثاني التنازع في السلم

ويشمل على أربعة مباحث:

المبحث الأول: تعريف السلم وحكمه.

المبحث الثاني: صور الاختلاف في السلم.

المبحث الثالث: التنازع بسبب هلاك المسلم فيه قبل التسليم.

المبحث الرابع: وسائل إنهاء النزاع في السلم.

ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: إنهاء النزاع بالإقالة.

المطلب الثاني: إنهاء النزاع في السلم بالحوالة.

المطلب الثالث: إنهاء النزاع ببيع المسلم فيه.

المبحث الأول تعريف السلم لغة وشرعاً

السلم في اللغة: معناه السلف، يقال: أسلمت إليه. بمعنى أسلفت، وهو نوع من البيع أجل فيه المعقود عليه، فينعقد بما ينعقد به البيع^(١).
أما تعريف السلم في الشرع:

فقال الأحناف: بيع عاجل بأجل بشرائط، واختص بهذا الاسم لاختصاصه بحكم يدل الاسم عليه وهو تعجيل أحد البدلين وتأجيل الآخر، وسمى هذا العقد سلماً وسلفاً لكونه معجلاً عن وقته فإن أوان البيع بعد وجود المعقود عليه في ملك العاقد والسلم إنما يكون عادة بما ليس موجوداً في ملكه، فلكون العقد معجلاً عن وقته سمي سلماً وسلفاً^(٢).
وقال المالكية: بيع يتقدم فيه رأس المال ويتأخر المثمن، لأجل، بشرائط سبعة^(٣).

(١) مختار الصحاح (ص ٣٠٢)، القاموس المحيط مادة سلف (١/١٤٤٨)، لسان العرب (٣/٢٠٧٧).

(٢) شرح فتح القدير (٦/٢٠٤)، بدائع الصنائع (٥/٢٠١).

(٣) وهذه الشرائط زيادة على شرائط البيع وهي: [١] قبض رأس المال (المسلم) كله [٢] ألا يكون المسلم والمسلم فيه طعامين ولا نقدين [٣] أن يكون السلم إلى أجل معلوم للمتعاقدين [٤] أن تبين صفاته التي تختلف بها القيمة في السلم عادة كالنوع، والجودة، والرداءة واللون [٥] أن يكون المسلم فيه ديناً في ذمة المسلم إليه [٦] أن يكون المسلم فيه موجوداً عند حلول أجله [٧] أن يضبط المسلم فيه بعادة أهل محل العقد من كيل، أو وزن، أو عدد.

وزاد بعضهم شروطاً أخرى مثل:

وقيل إثبات مال في الذمة، مبذول في الحال، وسمى سلمًا لتسليم الثمن دون عوض، ولذلك سمي سلفًا ويعنى بقوله (دون عوض) أن العوض ليس مبذولًا في الحال فلا ينافي أن عوضه مؤجل.

وقيل بيع شيء موصوف من طعام، أو عرض، أو حيوان، أو غير ذلك مما يوصف، مؤجل في الذمة بغير جنسه.

فخرج بقوله (موصوف) المعين فبيعه ليس بسلم، وخرج بقوله (مؤجل) غير المؤجل، وخرج بقوله (بغير جنسه) ما إذا دفع شيئًا في جنسه، ولو زاد بعده غير منفعة لكان صريحًا في إخراج الكراء المضمون^(١).

وقال الشافعية: بيع موصوف في الذمة، أو عقد على موصوف في الذمة ببدل يعطى عاجلاً، وقيل إسلام عوض حاضر في موصوف في الذمة، وكلها تعاريف تدور حول معنى واحد^(٢).

وتعريف الحنابلة للسلم لا يختلف كثيرًا عن تعريف الأئمة الثلاثة

=

ألا يؤدي إلى بيع الكالئ بالكالئ، وألا يؤدي إلى السلف بزيادة، وألا يؤدي إلى الضمان بجعل، والسلامة من ربا النساء في الربوى، وأن يكون مكان القبض معينًا دفعًا للتزاع وأوجب أبو حنيفة ذلك لأن الأسعار تختلف باختلاف البلاد كما تختلف باختلاف الأزمان. حاشية الدسوقي (٣/١٩٥)، الذخيرة (٥/٢٢٥)، القوانين الفقهية (ص ٢٣١)، بداية المجتهد (٢/١٦٣).

(١) بلغة السالك (٢/٩٣، ٩٤).

(٢) مغنى المحتاج (٢/١٠٢).

للسلم، وهو بيع ما في الذمة موصوفاً^(١).

نظرة في تعريف السلم:

تكاد تعريفات الفقهاء للسلم تتفق في معناها وإن اختلفت ألفاظها وتراكيبها حيث إنها جميعاً تدل على أن السلم والسلف بمعنى واحد، وهو بيع ما ليس موجوداً في الحال، وإن كان مقدوراً على تسليمه عند حلول أجله، بناء على الصفة التي يذكرها البائع للمشتري. إلا أن السلم يختلف في جوازه في بعض الأشياء عند بعض المذاهب الفقهية.

والسلم مشروع بالكتاب والسنة والإجماع والقياس والمعقول:

أما الكتاب:

(١) فقوله تعالى: ﴿يَتَأَيَّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَأَكْتُبُوهُ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

وجه الدلالة من الآية:

أن الله أباح التداين إلى أجل مسمى، وهو معنى السلم، قال ابن عباس أشهد أن السلف المضمون إلى أجل مسمى قد أحله الله في كتابه وأذن فيه ثم قرأ هذه الآية، ولأن هذا اللفظ يصلح للسلم ويشمله بعمومه^(٢).

(٢) قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

فإن العموم المستفاد من هذه الآية يدل على جواز كل بيع مادام لم يخالف الشرع، والسلم بيع فيجوز.

(١) المغنى (٤/٣٠٤).

(٢) المغنى (٤/٣٠٤).

وأما السنة:

(١) ما روي أن النبي ﷺ قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنتين والثلاث، فقال ﷺ: «من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم، إلى أجل معلوم»^(١).

وأما الإجماع:

فقد أجمعت الأمة على جوازه، قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه العلم على أن السلم جائز.

وأما القياس:

فقياس المثلن على الثمن، فكما أن الثمن يجوز تأخيرَه في الذمة فكذلك المثلن قياساً عليه، والعلة الجامعة أن كلا منهما أحد عوضي العقد. أما المعقول: فلأن الناس يحتاجون إليه، فإن أرباب الزروع، والثمار، والتجارات يحتاجون إلى النفقة على أنفسهم وعليها لتكتمل وقد تعوزهم النفقة فيحتاجون إلى بيع ثمارهم وتجارتهم مع تأخير تسليمها إلى مشتريها. وبعض الناس يحتاج لتنمية أمواله بشراء ما يتأخر قبضه، فيباح السلم تحقيقاً للمصلحتين^(٢).

(١) رواه البخاري في السلم باب السلم في وزن معلوم عن ابن عباس (١١١/٣) ط/ الشعب، ورواه الإمام مسلم في كتاب المساقاة باب السلم (١٢٢٧/٣) ط/ بيروت.

(٢) شرح فتح القدير (٢٠٤/٦)، الذخيرة (٢٢٥/٥)، مغنى المحتاج (١٠٢/٢)، فتح العزيز على المجموع (٢٠٦/٩)، المغنى (٣٠٤/٤، ٣٠٥).

المبحث الثاني صور الاختلاف في السلم

المتبايعان في السلم إما أن يختلفا في صحة العقد وفساده، وإما أن يختلفا في قدر الثمن، أو المثل، أو في جنسهما، وإما أن يختلفا في صفة المثل أو في أجل أو في مكان الإيفاء.

فإن اختلفا في صحة السلم فمن كان متعنتا وهو الذي ينكر ما ينفعه كان كلامه باطلا، ومن كان مخاصما وهو الذي ينكر ما يضره كان القول قوله إن ادعى الصحة فإن القول قول من يعي الصحة وإن خرج مخرج الخصومة^(١).

فإن اختلفا في قدر المسلم فيه^(٢) أو في جنسه^(٣) أو في صفته^(٤) فقد اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين:

المذهب الأول: أن المتبايعين إن اختلفا في المسلم فيه تخالفا وتفاخرا،

(١) شرح فتح القدير (٢٣٨/٦)، حاشية الدسوقي (١٩٣/٣).

(٢) مثل أن يقول المسلم أسلمت في خمسة أرادب ويقول المسلم إليه بل في ثلاثة مثلاً.

(٣) مثل أن يقول أحدهما أسلمته في تمر ويقول الآخر في قمح. بداية المجتهد (١٦٧/٢، ١٦٨).

وقال الأحناف إن اختلفا في جنس المسلم فيه فإن أقاما بينة قضى لرب السلم بالإجماع. شرح فتح القدير (٢٣٨/٦).

(٤) وقال الأحناف إن كان الاختلاف في الصفة فالقول قول المسلم إليه لأن رب السلم متعنت في إنكاره صحة السلم. شرح فتح القدير (٢٣٨/٦).

وهو مذهب الجمهور من الأحناف، والشافعية، والحنابلة^(١).

واستدلوا على ذلك بالمنقول والمعقول.

أما المنقول:

(١) فقول النبي ﷺ: «إذا اختلفا المتبايعان تحالفا وترادا»^(٢).

وجه الدلالة من الحديث:

(١) أن الحديث عام في كل اختلاف سواء كان المبيع عينا، أو دينا في

الذمة كما هو الحال في السلم.

(٢) قول النبي ﷺ: «البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه»^(٣).

وجه الدلالة من الحديث:

أن كلا منهما مدع ومدعى عليه، والحديث أوجب اليمين على المدعى

عليه، فيجب تحالفهما وتقاسمهما.

وأما المعقول:

(١) فإن التحالف يثبت لرفع الضرر، واستدراك الظلامة، فوجب أن

يثبت التحالف سواء كان المبيع عينا، أو دينا وهو المسلم فيه لتحقيق هذا

(١) بدائع الصنائع (٢١٥/٥) وما بعدها، المغني (٣٣١/٤)، تكملة المجموع

(١٦١/١٣).

(٢) سبق تخريج الحديث (ص ١٦٠).

(٣) سبق تخريج الحديث (ص ٣٨).

المعنى^(١).

(٢) أن التحالف معلق باختلاف المتبايعين وهو اسم مشتق من البيع فيتعلق وجوب التحالف بما يثبت به البيع وهو يثبت بالثمن والمثمن.

(٣) أن التحالف شرع بالنص إذا وقع الاختلاف في الثمن والمثمن حتى يمكن الفسخ بعد التحالف ليتوصل كل منهما إلى رأس ماله وهذا ممكن في الثمن والمثمن.

المذهب الثاني: وهو مذهب المالكية قالوا: إن التحالف والتفاسخ يكون عند الاختلاف في جنس المسلم فيه، أو نوعه، ولا فرق في ذلك بين حالة قيام السلعة وهلاكها، ولا فرق بين النقد والسلم.

أما إذا كان النزاع في قدر المسلم فيه فإنما يكون التحالف والتفاسخ مع قيام السلعة فقط، ولا فرق في ذلك بين النقد والسلم، أما مع هلاك السلعة فينعكس السلم مع النقد، ففي النقد يصدق المشتري بيمينه إن أشبه أى ادعى ما هو معتاد سواء أشبه البائع أم لا، فإن انفرد البائع بالشبه صدق بيمينه، فإن لم يشبه واحد منهما تحالفا وتفاسخا، أما في السلم فإن الذي يصدق بيمينه هو البائع وهو المسلم إليه إن أتى بما يشبه سواء أشبه المسلم أم لا، وإن انفرد المسلم بالشبه فالقول قوله بيمينه فإن لم يشبهها تحالفا

(١) المذهب (١/٢٩٤)، تكملة المجموع (١٣/٧٠، ٧١).

وتفاسخاً^(١).

الرأي الراجح:

والراجح القول بالتحالف مطلقاً لعموم الأحاديث الدالة على ذلك، ولا فرق بين كون المبيع قائماً، أو هالكا لأن التحالف يثبت لرفع الضرر واستدراك الظلامة وهذا المعنى موجود بعد هلاك السلعة، بل التحالف بعد الهلاك أولى فإنه مع بقاء السلعة يمكن معرفة ثمنها، وتمييز الصادق عن الكاذب فعند عدم الإمكان أولى.

فإن اختلفا في الأجل:

فإن كان في أصل الأجل، فالقول قول رب السلم لأن المسلم إليه متعنت في إنكاره والأصل في السلم الأجل فالقول قول من يدعى الأصل^(٢).
فإن كان حلوله فالقول قول المسلم إليه لأنه منكر.

وإن كان في قدر الأجل فقال الأحناف: القول قول من يدعى الأقل مع يمينه، فإن قامت بينة لمدعى الأكثر قضى بها، فإن قامت لكل واحد منهما بينة فالبينه بينة مثبت الزيادة^(٣) ولا يوجب التحالف خلافاً لزفر.

وقال المالكية، والحنابلة: القول قول المسلم إليه إلا أن يأتي بما لا يشبه مثل

(١) حاشية الدسوقي (١٩٣/٣) وما بعدها، بداية المجتهد (١٦٧/٢)، مواهب الجليل ٥١٣/٤، حاشية الخرشي (٢٠٠/٥، ٢٠١)، جواهر الإكليل (٦٥/٢).

(٢) شرح فتح القدير (٢٣٨/٦).

(٣) المرجع السابق نفس الجزء والصفحة.

أن يدعى المسلم وقت إبان المسلم فيه ويدعى المسلم إليه غير ذلك الوقت، فالقول حينئذ قول المسلم^(١).

فإن كان الاختلاف في مضي الأجل فقال رب السلم مضي الأجل المسمى وقال المسلم إليه لا، فالقول قول المسلم إليه مع يمينه لأنه ينكر توجه المطالبة عليه، ومن أقام بينة قضى له، فإن أقامها، فالبينة بينة المطلوب لأنها تثبت زيادة الأجل.

فإن اختلفا في مكان الإيفاء والقبض فإن الحكم في ذلك يتوقف على معرفة ما إذا كان تعيين مكان إيفاء المسلم فيه بالعقد أو بالشرط فمن قال إن تعيين مكان الإيفاء بالعقد^(٢) يرى أن القول قول مدعى موضع العقد بيمينه، لأنهما لو سكتا عن ذكر موضع الإيفاء حكم بموضع العقد، سواء كان مدعى موضع العقد المسلم أو المسلم إليه، فإن لم يدعى موضع العقد صدق المسلم إليه إن أشبه سواء أشبه المسلم أم لا. وإن انفرد المسلم بالشبه كان القول قوله بيمينه، وإن لم يشبه واحد منهما تحالفا وتفاسخا. ومن قال إن تعيين مكان الإيفاء بالشرط يرى أن القول قول المسلم إليه

(١) بداية المجتهد (١٦٧/٢)، المغنى (٣٤٦/٤).

(٢) وهو قول أبي يوسف من الأحناف، وجمهور المالكية، وبعض الشافعية، وبعض الحنابلة وقالوا إن الأحاديث الواردة في السلم لم تذكر مكان الإيفاء فدل على أنه ليس بشرط وإنما يكون في موضوع العقد.

بداية المجتهد (١٦٧/٢)، تكملة المجموع (١٤٢/١٣).

لأنه غارم فترجح جانبه بالغرم^(١).

فإن اختلفا في أداء المسلم فيه، فالقول قول المسلم إليه لأنه منكر، وإن اتفقا على القبض وقال أحدهما كان في المجلس قبل التفرق وقال الآخر بعده فالقول قول من يدعى القبض في المجلس لأن معه سلامة العقد، وإن أقام كل واحد منهما بينة بدعواه قدمت بينة من يدعى القبض في المجلس لأنها مثبتة والأخرى نافية^(٢).

فإن كان الاختلاف في جنس الثمن أو نوعه أو قدره فحكمه حكم اختلاف المتبايعين في الثمن قبل القبض وقد سبق بيانه في الفصل الأول.

(١) وهو قول للشافعية، والثوري، وقال بعضهم يشترط إن كان لحمله مؤنة وإلا فلا يشترط لأن الغرض يختلف فيه وهو قول أبي حنيفة، وبعض المالكية. المغنى (٣٣٣/٤).

(٢) المغنى (٣٤٦/٤)، روضة الطالبين (٥٧٩/٣).

المبحث الثالث

التنازع في السلم بسبب هلاك المسلم فيه قبل التسليم

ومما يؤدي إلى التنازع بين المتبايعين في السلم هلاك المسلم فيه قبل التسليم، فإذا اتفقا على سلم معين، فهلك المسلم فيه قبل التسليم فقد اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين:

المذهب الأول: قالوا إذا تعذر تسليم المسلم فيه عند المحل إما لغيبة المسلم إليه، أو عجزه عن التسليم حتى عُدَّ المسلم فيه، أو لم تحمل الثمار في تلك السنة أو هلكت بجائحة، فإن المسلم بالخيار بين أن يصبر إلى أن يوجد في العام القادم فيطالب به وبين أن يفسخ العقد، ويرجع بالثمن إن كان موجوداً، فإن كان هالكا فمثله إن كان مثليا أو قيمته، وهو مذهب الجمهور من الأحناف وابن القاسم من المالكية، والأظهر عند الشافعية، ومذهب الحنابلة^(١).

المذهب الثاني: قالوا إن السلم يفسخ بنفس التعذر، ولا يجوز التأخير وهو قول أشهب من المالكية، وقول عند الشافعية، والحنابلة، وقال سحنون^(٢) ليس له أخذ الثمن وإنما يصبر إلى العام القادم فليس له اختيار^(١).

(١) شرح فتح القدير (٢١٤/٦)، بداية المجتهد (١٦٥/٢)، القوانين الفقهية (ص ٢٣٢)، المجموع (٣٢٦/٤)، مغنى المحتاج (١٠٦/٢)، المغنى (٣٢٦/٤).

(٢) عبد السلام بن سعيد سحنون سمع من ابن القاسم تلميذ مالك وسمع من ابن وهب وأشهب، صنف المدونة، وكان له من الأصحاب والتلاميذ ما لم يكن لأحد من أصحاب مالك ولد سنة ١٦٠هـ وتوفي سنة ٢٤٠هـ.

الأدلة:

استدل الجمهور على مذهبهم بما يأتي:

(١) أن العقد قد صح وإنما تعذر التسليم فهو كمن اشترى عبدا فابق قبل القبض، فإن العقد قد وقع على موصوف في الذمة فهو باق على أصله، وليس من شرط جوازه أن يكون من ثمار هذه السنة، وإنما هو شيء شرطه المسلم فهو في ذلك بالخيار.

(٢) ثم إن المعقود عليه في السلم دين، ومحل الدين الذمة، وهي باقية فيبقى الدين ببقاء محله، وإنما تأخر التسليم إذا كان وجوده مرجوا^(٢).

واستدل أصحاب المذهب الثاني بما يأتي:

(١) أنه يكون من بيع الكالئ بالكالئ، وهو منهي عنه فيكون التأخير منهيا عنه، وينفسخ العقد بنفس العذر.

(٢) ولأن المسلم فيه مشروط أن يكون من ثمرة العام بدليل وجوب التسليم منها، فإذا هلك انفسخ العقد^(٣).

=

شجرة النور (ص ٦٩)، الدياج المذهب (٣٠/٢)، ترتيب المدارك (٥٨٥/٢).

(١) بداية المجتهد (١٦٥/٢)، روضة الطالبين (١١/٤)، المغني (٣٢٦/٤)، الذخيرة (٢٧٥/٥).

(٢) المراجع السابقة.

(٣) المراجع السابقة.

المناقشة والترجيح:

وقد نوقشت أدلة المذهب الثاني بما يأتي:

(١) أن هذا ليس من بيع الكالئ بالكالئ لأن بيع الكالئ المقصود فيه التأخير لا الذي يدخله التأخير اضطراراً.

(٢) أما كون المسلم فيه من ثمرة العام فليس بشرط في صحة السلم وإنما يشترطه المسلم فهو فيه بالخيار.

فتبين رجحان مذهب الجمهور، قال في المغنى: وهو الأصح، وقال ابن رشد والمعتمد عليه في هذه المسألة رأي الجمهور لقوة أدلتهم، وسلامتها من المعارض، وللرد على أدلة المخالف، ولأن في هذا القول دفع الضرر عن الطرفين فقد يتضرر المسلم من فسخ عقد السلم وهو يحتاج للثمرة وإن كانت في العام القابل وقد يتضرر المسلم إليه من فسخ العقد نظراً لاحتياجه إلى الثمن الذي قبضه من المسلم فتحقيقاً للمصلحتين، ودفعاً للضرر عنهما كان رأي الجمهور أولى، وأن الخيار للمسلم في ذلك^(١).

(١) بداية المجتهد (٢/١٦٥)، المعنى (٤/٣٢٧).

المبحث الرابع وسائل إنهاء النزاع في السلم

قد لا يصل النزاع بين المسلم والمسلم إليه إلى حد التحالف ويعملان على إنهاء النزاع بينهما بإحدى هذه الوسائل.

المطلب الأول: إنهاء النزاع بالإقالة

فإذا اختلف المسلم والمسلم إليه في السلم فيجوز للمسلم إليه رفعاً للنزاع ودفعاً للفساد أن يقلل المسلم وأن يرد إليه ثمنه والإقالة في المسلم فيه جائزة. قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الإقالة في جميع ما أسلم فيه جائزة.

وذلك لأن الإقالة فسخ للعقد، ورفع له من أصله وليست بيعاً، ثم إن إقالة النادم من باب المعروف والإحسان الذي أمر الله تعالى به فقال: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ [المائدة: ٢] وقال ﷺ: «من أقال مسلماً صفقته أقال الله عشرته يوم القيامة»^(١).

وقال قوم^(٢) لا تجوز الإقالة مخافة أن يكون المشتري لما حل له الطعام على البائع أخره عنه على أن يقلبه فكان ذلك من بيع الطعام إلى أجل قبل أن يستوفيه، ويكون أيضاً من باب فسخ الدين في الدين وهو منهي عنه. وهؤلاء يعتمدون على الرأي القائل أن الإقالة بيع جديد والإجماع على

(١) سبق تخريج الحديث (ص ١٦٩) بلفظ مختلف.

(٢) وهو قول الإمام مالك، وطائفة من أهل العلم.

جواز الإقالة في السلم للضرورة^(١).

ولأن الإقالة في بيع العين إنما شرعت نظراً للعاقدين، ودفعاً لحاجة الندم واعتراض الندم في السلم ههنا أكثر، لأنه بيع مؤجل فكان أدعى إلى شرع الإقالة فيه^(٢).

المطلب الثاني: إنهاء النزاع بالحوالة

ومعنى الحوالة أن يكون لرجل طعام من سلم وعليه مثله من قرض، أو سلم آخر، أو بيع فيحيل بما عليه من الطعام على الذي له عنده السلم. وأجاز الأحناف الحوالة بالمسلم فيه، لوجود ركن الحوالة مع شرائطه. والجمهور على عدم جواز الحوالة بالمسلم فيه، لأن الحوالة إنما تجوز على دين مستقر، والسلم يعرض له الفسخ فليس بمستقر، ولأنه نقل للملك في المسلم فيه على غير وجه الفسخ فلم يجز كالبيع^(٣). وإن أحوال المسلم إليه المسلم بالطعام الذي عليه لم يصح، لأنه معاوضة للمسلم فيه قبل قبضه فلم يجز.

ولأن الحوالة تتوقف صحتها على صحة الاعتياض عن المخال به وعليه وهي منتفية في رأس مال السلم، ولأن صحتها تستلزم صحة السلم بغير

(١) شرح فتح القدير (٢٣٠/٦)، بداية المجتهد (١٦٦/٢)، المغني (٣٣٦/٤)،
العدة شرح العمدة (٢٣٤).

(٢) بدائع الصنائع (٢١٤/٥، ٢١٥).

(٣) والمقصود به هنا بيع المسلم فيه وهو لا يجوز إذا كان من غير بائعه، والخلاف فيه إن كان من بائعه وسيأتي تفصيل هذا الخلاف.

قبض حقيقي^(١).

المطلب الثالث: إنهاء التراجع ببيع المسلم فيه

وهو إما أن يبيع المسلم المسلم فيه قبل أن يقبضه إلى مشتري آخر، وإما أن يبيعه إلى بائعه وهو المسلم إليه، فإن باع المسلم فيه إلى مشتري آخر قبل أن يقبضه، فلا خلاف في تحريم هذا^(٢) لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل قبضه فقال ﷺ: «من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه»^(٣).

ولأنه مبيع لم يدخل في ضمانه، فلم يجوز بيعه كالطعام قبل قبضه، كما أنه لا يجوز هبته.

أما بيع المسلم فيه من بائعه.

وذلك بأن يتفقا على سلم معين، ثم يريد المسلم أن يعاوض المسلم إليه، ويأخذ بدلاً عن المسلم فيه، من جنسه، ونوعه أو من جنس آخر، فهل ذلك يجوز؟

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة مذاهب:

(١) شرح فتح القدير (٢٣٠/٦)، بداية المجتهد (١٦٥/٢) وما بعدها، مغنى المحتاج

(٢/١٠٣)، روضة الطالبين (٤/٤)، المغنى (٤/٣٣٥)، العدة (ص ٢٣٤).

(٢) وقال بعض المالكية يجوز بيعه إذا كان عرضاً، ولم يكن طعاماً، بمثل ثمنه أو أقل، أو أكثر يدا بيد، ولا يجوز التأخير للغرر، لأنه انتقال من ذمة إلى ذمة أخرى. بداية المجتهد (١٦٦/٢)، القوانين الفقهية (ص ٢٣٢).

(٣) رواد البخاري في البيوع باب الكيل على البائع والمعطى (٨٨/٣) ط/ الشعب،

رواد مسلم في البيوع باب بطلان بيع المبيع قبل القبض (١١٥٩/٣) ط/ بيروت.

المذهب الأول: عدم جواز بيع المسلم فيه من بئعه، سواء كان المسلم فيه موجوداً، أو معدوماً، سواء كان العوض مثل المسلم فيه في القيمة أو أقل، أو أكثر، وهو مذهب أبي حنيفة، والشافعي ورواية عن الإمام أحمد^(١).

المذهب الثاني: يجوز ذلك إذا كانا من جنس واحد كالبر والشعير، وهو رواية عن الإمام أحمد وقول عند الشافعية^(٢) فإنهم قالوا من أسلم في برّ فعدمه عند المحل فرضى المسلم أن يأخذ الشعير مكان البر جاز، ولم يجز أكثر من ذلك وذلك بناء على أن البر والشعير جنس واحد.

المذهب الثالث: يجوز بيع المسلم فيه من بئعه ويأخذ المسلم غير المسلم فيه إلا الطعام فإنه لا يجوز إلا أن يأخذ بدلا منه طعاما ويشترط ألا يتأخر القبض لأنه يدخله بيع الدين بالدين وهو مذهب المالكية^(٣).

الأدلة:

استدل أصحاب المذهب الأول:

(١) قول النبي ﷺ: «من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره»^(٤).

وجه الدلالة من الحديث:

(١) شرح فتح القدير (٢٣٠/٦)، مغنى المحتاج (١١٥/٢)، المغنى (٣٣٧/٤).

(٢) المغنى (٣٣٦/٤)، مغنى المحتاج (١١٥/٢).

(٣) بداية المجتهد (١٦٥/٢، ١٦٦)، القوانين الفقهية (ص ٢٣٢).

(٤) رواد أبو داود في سننه (٢٧٦/٣) كتاب البيوع باب السلف لا يحول، ورواه

ابن ماجه في سننه (٧٦٦/٢) كتاب التجارات باب من أسلم في شيء فلا

يصرفه إلى غيره عن أبي سعيد.

أن النبي ﷺ نهي عن صرف السلم إلى غيره بمعنى بيعه، أو تركه وأخذ شيء بدلا عنه فهو صريح، ونص في المسألة.

(٢) ولأن أخذ العوض عن المسلم فيه بيع فلم يجز كبيعته من غيره^(١).

واستدل أصحاب المذهب الثاني:

أنه إن أعطاه من جنس ما أسلم فيه خيرا منه أو دونه في الصفات جاز، فكذا إذا أعطاه غيره من جنسه؛ لأن هذا ليس ببيع وإنما هو قضاء للحق مع تفضل من أحدهما^(٢).

واستدل أصحاب المذهب الثالث بما يأتي:

واستدلوا على الجواز:

(١) بقول ابن عباس إذا أسلمت في شيء إلى أجل فإن أخذت ما أسلفت فيه وإلا فخذ عوضا أنقص منه، ولا تربع مرتين^(٣).

وأما منع الطعام فلأن النبي ﷺ نهي عن بيع الطعام قبل القبض، فمن أسلم في طعام لم يجز له أن يأخذ غير طعام ولا أن يأخذ طعاما من جنس آخر سواء كان قبل الأجل أو بعده لأنه من بيع الطعام قبل قبضه والنبي ﷺ قال:

(١) شرح فتح القدير (٢٣٠/٦)، بداية المجتهد (١٦٥/٢)، مغنى المحتاج

(٢/١١٥)، المغنى (٣٣٧/٤).

(٢) مغنى المحتاج (١١٥/٢)، المغنى (٣٣٦/٤).

(٣) رواد سعيد بن منصور في سننه (١٠٥/) كتاب الوصايا ط/ دار صادر

«من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه»^(١).

المناقشة والترجيح:

أرى - والله أعلم - رجحان المذهب القائل بجواز بيع المسلم فيه من بائعه إذا كان برضا المسلم والمسلم إليه تحقيقاً لمصلحتهما، لجواز أن يكون المسلم قد شاور نفسه ورضي بالجنس الآخر لأن فيه منفعة له أكثر. فإذا تحقق الرضا جاز وذلك لان البيع قائم على الرضا فإذا احتل الرضا فلا يجوز.

وأما حديث من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره فلعل معناه أن يبيعه إلى بائعه ويأخذ ثمنه أكثر، فلا يربح مرتين، ويدل عليه قول ابن عباس المذكور دليلاً للمذهب الثالث.

وأما إذا كان طعاماً فمن الممكن أن يبيعه ولا يؤخره.

والله أعلم

(١) سبق تخريج الحديث (ص ٩٤).

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الفصل الثالث التنازع في الدين

ويشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: في تعريف الدين، وفضل الإقراض، وفضل التيسير.

المبحث الثاني: صور الاختلاف في الدين.

المبحث الثالث: وسائل إنهاء التراع في الدين.

رَفَعُ
عبد الرحمن البخاري
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

المبحث الأول في تعريف الدين وفضل الإقراض

الدين في اللغة: يقال دان يدين دينا من المداينة، وما له أجل، وجمعه ديون وأدين^(١).

وفي الاصطلاح:

عرفه الأحناف: بأنه ما لا يحتمل التعيين من الدراهم، والدنانير، والمكيل الموصوف في الذمة، والموزون الموصوف سوى الدراهم والدنانير الموصوفة والحيوان الموصوف^(٢).

وقيل اسم للمال واجب في الذمة يكون بدلًا عن شيء آخر، وقيل ما يثبت في الذمة من المال بسبب من الأسباب الموجبة له، فيشمل بذلك ما ثبت بسبب قرض أو بيع أو إجارة أو إتلاف أو جناية أو غير ذلك^(٣).

وعرفه المالكية: بأنه الشيء الموصوف المتعلق بالذمة^(٤).

وعرفه الشافعية: بأنه معاملة أحد العوضين فيها نقدا والآخر نسيئة^(٥).

وعرفه الحنابلة: بأنه الشيء الموصوف في الذمة إلى أجل^(٦).

(١) لسان العرب (٢/١٤٦٧) مادة دين ط/ دار المعارف، القاموس المحيط (٤/٢٢٥) مطبعة دار المأمون.

(٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاظمي (٧/٤٧٢).

(٣) شرح فتح القدير لابن الهمام (٥/٤٣١)، تبين الحقائق للزيلعي (٤/١٧١).

(٤) منح الجليل (٣/٢٦)، الفروق للقرافي (٢/١٣٣) ط/ دار المعرفة.

(٥) المجموع للنووي (١٢/١١٠)، نهاية المحتاج للرملي (٣/١٣٠) ط/ دار الفكر.

(٦) المغني لابن قدامة (٤/٣١٢)، كشف القناع (٣/٢٨٩).

موازنة بين التعريفات:

وإن اختلفت هذه التعريفات في المبنى إلا أنها تكاد تكون متفقة في المعنى أن الدين مال حكماً.

ولابد أن يكون ذلك المال صالحاً لأن يثبت في الذمة فإذا لم يكن صالحاً للثبوت في الذمة، فلا يعتبر ديناً وإنما يعتبر عيناً وذلك مثل الأشجار والحيوان.

[فضل الإقراض]

والقرض والاقتراض بمعنى واحد، وهو تمليك الشيء على أن يرد بدله^(١) ويسمى بذلك لأن المقرض يقطع للمقترض قطعة من ماله، ويسمى سلفاً وهو مندوب إليه في حق المقرض مباح للمقترض لقوله تعالى: ﴿وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [الحج: ٧٧].

وقوله ﷺ: «من نفس عن أخيه كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة، والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه»^(٢).

(١) شرح منتهى الإرادات (٣٩٧/١) ط/ دار العروبة.

(٢) جزء من حديث ذكره الإمامان البخاري ومسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه، صحيح البخاري كتاب المظالم باب لا يظلم المسلم ولا يسلمه (٩٧/٥) ط/ دار المعرفة، صحيح مسلم كتاب الذكر باب فضل الاجتماع على تلاوة القرآن (٢٠٧٤/٤) ط/ إحياء التراث، سبل السلام (٢٢١/٤) ط/ دار الفرقان.

وما روي أن النبي ﷺ قال: «من أقرض درهما مرتين كان له أجر صدقة»^(١)»^(٢).

وقد روي أن النبي ﷺ استسلف من رجل بكرة^(٣) فقدمت على النبي ﷺ أبل الصدقة فأمر أبا رافع أن يقضى الرجل بكره فرجع أبو رافع^(٤) فقال يا

(١) أخرجه ابن ماجه في السنن عن ابن مسعود، وصححه ابن حبان بلفظ من أقرض الله مرتين بإسناد صحيح. سنن ابن ماجه (٨١٢/٢) كتاب الصدقات باب القرض ط/ عيسى الحلي، الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان باب الديون (٢٤٩/٧) ط/ مؤسسة الكتب الثقافية.

(٢) ولا يعارض هذا ما جاء في سنن ابن ماجه عن أنس بن مالك أن رسول الله صلى عليه وسلم قال: «رأيت ليلة أسري بي مكتوبا على باب الجنة الصدقة بعشر أمثالها والقرض بثمانية عشر فقلت لجبريل ما بال القرض أفضل من الصدقة؟ قال: لأن السائل قد يسأل وعنده والمتقرض لا يستقرض إلا من حاجة». لأن حديث ابن مسعود أصح وحديث أنس تفرد به خالد بن زيد الشامي وهو ضعيف. سنن ابن ماجه كتاب الصدقات باب القرض (٨١٢/٢) ط/ عيسى الحلي، تلخيص الحبير (١٢٦/٣) ط/ دار المعرفة.

(٣) الجمل القوى.

(٤) أبو رافع مولى النبي ﷺ اختلف في اسمه ف قيل أسلم وقيل إبراهيم وقيل صالح توفي في خلافة عثمان وقيل في خلافة علي بن أبي طالب وهو الصواب، وكان إسلامه قبل يدر، ولم يشهدا وشهد أحدا وما بعدها.

أسد الغابة (١٠٦/٦) ط/ الشعب، الإصابة (٦٧/٤) ط/ دار صادر، الاستيعاب في معرفة الأصحاب (١٦٥٦/٤) ط/ نخبة مصر.

رسول الله لم أجد فيها إلا خياراً رباعياً^(١) فقال ﷺ: «أعطه فإن خير الناس أحسنهم قضاءً»^(٢).

وعن أبي الدرداء^(٣) قال: لأن أقرض دينارين ثم يردان ثم أقرضهما أحب إلى من أن أتصدق بهما^(٤). ولأن فيه تفريجاً عن أخيه المسلم، وقضاءً لحاجته، وعونا له فكان مندوباً إليه كالصدقة.

ولأن الله تعالى شرع السلف والقرض للمعروف والإحسان ولذلك استثناه من الربا المحرم، فيجوز دفع أحد النقدين ليأخذ مثله نسيئة، وهو محرم في غير القرض لكن رجحت مصلحة الإحسان على مصلحة الربا^(٥).

(١) أى جمل نبتت رباعيته من الإمام.

(٢) رواد الإمام مسلم في المساقاة باب من استسلف شيئاً فقضى خيراً منه

(٣/١٢٢٤) ط/ إحياء التراث العربي، والترمذي في البيوع باب ما جاء في

استقراض البعير أو الشيء من الحيوان (٣٨٩/٢) ط/ المكتبة السلفية.

(٣) أبو الدرداء اسمه عويمر بن عامر بن مالك بن زيد بن قيس بن أمية تأخر

إسلامه قليلاً ولكنه أسلم وحسن إسلامه، وكان فقيهاً عاقلاً حكيماً آخى النبي

ﷺ بينه وبين سلمان الفارسي، شهد ما بعد أحد من المشاهد، ولى قضاء

دمشق في خلافة عثمان وتوفي قبل أن يقتل عثمان بسنتين. أسد الغابة

(٩٧/٦، ٩٨) الاستيعاب (١٦٤٦/٤).

(٤) المغنى (٣٤٦/٤).

(٥) الذخيرة للقرافي (٢٣١/٥)، مغنى المحتاج (١١٧/٢)، روضة الطالبين

(٣٢/٤)، المغنى لابن قدامة (٣٤٦/٤، ٣٤٧)، سبل السلام (٢٢١/٤).

المبحث الثاني صور الاختلاف في الدين

قلنا أنفا إن الدين لا يقتصر على بدل القرض فقط بل إنه يشمل كل ما كان في الذمة موصوفا.

فيشمل بدل القرض، ويشمل الثمن في المبيع إذا كان مؤجلا، ويشمل المسلم فيه ويشمل غرامة المتلف، والأجرة بعد استيفاء المنفعة، ويشمل مهر الزوجة بعد الدخول وغير ذلك. وفي كل هذه الأنواع إما أن يكون المدين مقرا بها معترفا بشبوتها في ذمته ولكنه يماطل في أدائها. وإما أن يكون منكرا جاحدا^(١).

فإن كان المدين منكرا لها، فإن لهذا الإنكار صوراً تختلف حكم كل صورة منها بحسب نوع الدين.

والمدين إما أن ينكر أصل الدين فيقول الدائن لي دين عليك فيقول لا، وإما أن ينكر قدره فيقول الدائن لي عليك ألف فيقول بل خمسمائة فقط. وإما أن ينكر حلول الأجل فيقول الدائن حل أجل الدين فيقول المدين لا.

فإن كان الدين ثمنا للمبيع فقد سبق الكلام على اختلاف المتبايعين في الثمن.

وإن كان الدين ناتجا عن السلم.

(١) وهذا كله في الدين غير الموثق بالرهن، أو الكتابة، وحيث لا بينة لأحدهما تثبت صدق دعواه.

فإن اختلف المسلم والمسلم إليه في حلول الأجل فالقول قول المسلم إليه لأنه منكر^(١).

وإن كان الاختلاف في أصل الأجل فالقول قول رب السلم لأن المسلم إليه متعنت في إنكاره لأنه ينكر ما ينفعه وهو الأجل^(٢).

فإن تنازعا في جنس الدين أو نوعه تحالفا وتفاسخا سواء كان الثمن باقيا أو فائتا ولا فرق في ذلك بين النقد والسلم^(٣).

فإن كان التنازع في قدر الدين [المسلم فيه].

فإن كان الثمن باقيا فإنهما يتحالفان ويتفاسخان، ولا فرق في ذلك أيضا بين النقد والسلم.

فإن كان الثمن فائتا فالذي يصدق بيمينه البائع وهو المسلم إليه إن أشبه، فإن لم يشبه وانفرد المسلم بالشبه فالقول قوله مع يمينه، فإن لم يشبها معا تحالف وتفاسخا.

وقيل إن كان التنازع في قدر المسلم فيه لزم المسلم إليه سلم وسط^(٤).

فإن كان الدين مهر المرأة بعد الدخول بها وتنازعا فيه، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة مذاهب:

(١) المغني (٣٤٦/٤)، بداية المجتهد (١٦٧/٢).

(٢) شرح فتح القدير (٢٣٨/٦).

(٣) بداية المجتهد (١٦٧/٢).

(٤) حاشية الدسوقي (١٩٤/٣)، بداية المجتهد (١٦٧/٢).

المذهب الأول: القول قول الزوج مع يمينه، وهو قول مالك ورواية عن الإمام أحمد، وأبي ثور^(١) وابن أبي ليلى، وابن شبرمة.

المذهب الثاني: القول قول الزوجة إلى مهر مثلها وقول الزوج فيما زاد على مهر مثلها وهو مذهب أبي حنيفة، والحسن^(٢)، والنخعي^(٣)، ورواية عن الإمام أحمد.

المذهب الثالث: قالوا إذا اختلفا تحالفا ورجع إلى مهر المثل وهو مذهب الشافعي، والثوري، وجماعة من أهل العلم.

(١) إبراهيم بن خالد بن أبي اليمان البغدادي أبو ثور الفقيه صاحب الإمام الشافعي ومن مؤلفاته كتاب ذكر فيه اختلاف مالك والشافعي وهو أكثر ميلا للشافعي توفي سنة ٢٤٠ هـ.

الأعلام (٣٧/١)، تذكرة الحفاظ للذهبي (٨٧/٢)، ميزان الاعتدال (١٥/١).

(٢) الحسن بن يسار البصري أبو سعيد تابعي إمام البصرة حبر الأمة في زمنه، وهو أحد العلماء الفقهاء ولد بالمدينة سنة ٢١ هـ له كتاب في فضائل مكة توفي بالبصرة.

ميزان الاعتدال (٢٥٤/١)، الأعلام (٢٢٦/٢)، حلية الأولياء (١٣١/٢).

(٣) إبراهيم بن يزيد بن قيس أبو عمران النخعي من أكابر التابعين صلاحاً وصدقاً ورواية وحفظاً للحديث مات بمختفياً من الحجاج كان إماماً مجتهداً له مذهب توفي سنة ٩٦ هـ.

الأعلام (٨٠/١)، طبقات ابن سعد (١٨٨/٦)، حلية الأولياء (٢١٩/٤).

السبب في اختلاف الفقهاء:

واختلافهم مبني على اختلافهم في مفهوم قوله ﷺ: «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر»^(١).

هل ذلك معلل أو غير معلل، فمن قال معلل قال يحلف أبداً أقواهما شبهة فإن استويا تحالفا وتفاسخا، ومن قال غير معلل قال يحلف الزوج لأنها تقر له بالنكاح وجنس الصداق، وتدعى عليه قدراً زائداً فهو مدعى عليه.

أما حجة المذهب الأول: فبناء على أصل مالك في البيع، فإنه يفرق في التحالف بين ما كان قبل القبض أو بعده.

ولأنها إذا سلمت نفسها بغير إشهاد فقد رضيت بأمانته.

أما حجة المذهب الثاني: فقد رأى أنهما لا يستويان أبداً في الدعوى، بل يكون أحدهما أقوى شبهة، لأنه لا تخلو دعواها أن تكون فيما يعادل صداق مثلها فما دونه فيكون القول قولها، أو يكون فيما فوق ذلك فيكون القول قوله.

أما حجة المذهب الثالث: فقال إنهما يتحالفان أبداً لأن كلا منهما مدع ومدعى عليه.

والراجح من هذه المذاهب هو المذهب الثاني القائل بأن القول قول من يدعي مهر المثل قياساً على المنكر في سائر الدعاوى، ولأنه عقد لا يفسخ بالتحالف فلا يشرع فيه التحالف، ولأن القول بالتحالف يفضي إلى إيجاب

(١) سبق تخريج الحديث (ص ٣٨).

أكثر مما تدعيه، أو أقل مما يقر لها به.

أما قول مالك: إنها استأمنته فلا يصح، فإنها لم تجعله أمينها^(١).

فإن كان الدين بدل قرض وأنكر المدين الدين، فإنهما يتحالفان فإن حلف أحدهما ونكل الآخر قضى على الذي نكل، وإن حلفا معا قضى للمدعى عليه لأنه يدعي الأصل وهو براءة ذمته والأصل براءة الذمم.

وفي كل هذه الصور سواء كان المدين مقرا، أو منكرا فإن الشريعة الإسلامية قد وضعت وسائل لإنهاء هذا التراع والخلاف بين المتدائنين لتفادي الشقاق.

وأهم هذه الوسائل هي: الصلح، والإبراء، والعفو، والوفاء، والمقاصة، والظفر، والقضاء.

(١) يراجع في المسألة: بدائع الصنائع (٣٠٥/٢) ط/ دار الكتاب العربي بيروت، تبين الحقائق (١٣٩/٢) ط/ بيروت، الذخيرة (٣٨٠/٤)، بداية المجتهد (٢٤/٢)، حاشية الدسوقي (٣٣٣/٢)، مغني المحتاج (٢٤٢/٣)، المغني (٧٠٧/٦).

المبحث الثالث وسائل إنهاء النزاع في الديون

ويشتمل على ستة مطالب:

المطلب الأول: إنهاء النزاع بالصلح عن الدين.

المطلب الثاني: إنهاء النزاع في الدين بالإبراء.

المطلب الثالث: إنهاء النزاع في الدين بالعفو عن المدين.

المطلب الرابع: إنهاء النزاع في الديون بالمقاصة.

المطلب الخامس: إنهاء النزاع في الديون بالوفاء.

المطلب السادس: إنهاء النزاع في الدين بالظفر بالحق.

المطلب الأول إنهاء النزاع بالصلح عن الدين

وفيه أربع مسائل:

المسألة الأولى: تعريف الصلح وحكمه وأدلة مشروعيته.

المسألة الثانية: الصلح عن الديون.

المسألة الثالثة: الصلح مع الإنكار.

المسألة الرابعة: الصلح مع السكوت.

المسألة الأولى

(أ) تعريف الصلح وحكمه وأدلة مشروعيته:

يُعد الصلح من أهم وأفضل الوسائل لإنهاء المنازعات والخصومات بين الناس وذلك لأنه يقوم على إعمال حق الطرفين المتنازعين، والنظر إلى مصلحتهما معاً فيكون ذلك حافزاً على إحلال الرضا، والوفاق والمحبة بينهما بعد التراع والصراع.

والسعي في الصلح والإصلاح بين الناس من أفضل الأعمال، وأعظم القرب، قال تعالى: ﴿لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّنْ نَّجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ ابْتِغَاءً مَّرْضَاتِ اللَّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا﴾ [النساء: ١١٤].

والصلح في اللغة:

اسم للمصالحة التي هي المسالمة خلاف المخاصمة، وأصله من الصلاح وهو استقامة الحال، فمعناه دال على حسنه الذاتي^(١).

وفي الاصطلاح:

قال الأحناف: الصلح عبارة عن عقد وضع لرفع المنازعة^(٢).

(١) لسان العرب (٢٤٧٩/٤) وما بعدها، مختار الصحاح (ص ٣٥٣) ط/ البراعم.

(٢) العناية على الهداية مطبوع على تكملة فتح القدير (٤٠٣/٨) ط/ مصطفى

وقال المالكية: انتقال عن حق، أو دعوى بعوض، لرفع نزاع، أو خوف وقوعه^(١).

وقال الشافعية: عقد يحصل به قطع النزاع.

فالصلح عندهم توفيق لقطع نزاع قائم وقال الإمام النووي^(٢) هو العقد الذي تنقطع به خصومة المتخاصمين^(٣).

أما الحنابلة: فقالوا الصلح معاقدة يتوصل بها إلى الإصلاح بين المتخاصمين^(٤).

نظرة في تعريفات الصلح:

تكاد تتفق تعريفات الفقهاء للصلح على أنه عقد، ولهذا فإنه يجري عليه ما يجري على العقود من التزام الطرفين به، وغير ذلك من أحكام العقود.

(١) شرح حدود ابن عرفة للرصاع (٤٢١/٢) ط/ دار الغرب الإسلامي.

(٢) الإمام محيى الدين أبو زكريا يحيى بن شرف الخزامي النووي، محرر المذهب

الشافعي ومذهبه، ومنقحه، سار في الأفاق ذكره، وعلا قدره، ولد سنة

٦٣١هـ - توفي سنة ٦٧٦هـ - له تصانيف كثيرة منها المجموع والمنهاج.

طبقات الشافعية للإسنوى (ص ٤٠٧، ٤٠٨) ط/ دار الفكر، الطبقات الكبرى

لابن السبكي (١٦٦/٥) ط/ الحسينية، الأعلام للزركلي (١٤٩/٨).

(٣) روضة الطالبين (١٩٣/٤) ط/ المكتب الإسلامي، فمأية المحتاج (٣٨٢/٤) ط/

الحلبي، تكملة المجموع (٦٦/١٣) ط/ مكتبة الإرشاد بالسعودية.

(٤) المغنى (٥/٧) مكتبة هجر، كشف القناع للبهوتي (٣٩٠/٣) ط/ عالم الكتب

وهل يشترط الرضا به؟ خلاف بين الفقهاء ذهب بعضهم إلى اشتراط الرضا وذهب آخرون إلى أنه إذا وقع الخلاف الدراهم والدنانير وطلب الصلح على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعي قبلت، ولا يحتاج فيه إلى قبول المدعي عليه لأنه إسقاط لبعض الحق، وهو يتم بالمسقط^(١) بخلاف غيره.

وتعتبر هذه ملاحظة على من عرف الصلح بأنه عقد

ذكرت بعض التعريفات أن الصلح وضع لرفع المنازعة بعد وقوعها بالتراضي، وذكر بعضهم أنه يجوز الصلح لتوقي منازعة لم تحدث، فيعد وقاية من النزاع في المستقبل.

وأرجح هذه التعريفات تعريف المالكية لأنه أشمل.

حكم الصلح:

صرح الفقهاء بأن الصلح مندوب إليه.

ولكن اختلفوا هل هو رخصة مستثناة، أم أنه أصل بذاته، فقال في الحاوي: وإنما اختلف أصحابنا فيه هل هو رخصة لاستثنائه من جملة محظورة؟ أو هو مندوب إليه لكونه أصلاً بذاته على وجهين:

الوجه الأول^(٢): أنه رخصة لأنه فرع لأصول يُعتبر بها في صحته وفساده وليس بأصل بذاته، يفسار لاعتباره بغيره رخصة مستثناة من جملة

(١) تكملة فتح البدير (٤٠٤/٨).

(٢) وهو ظاهر قول أبي إسحاق المروزي، وأبي علي بن أبي هريرة من فقهاء الشافعية.

محظورة^(١).

قالوا وهو المعتمد لأن الرخصة هي الحكم المتغير إليه لعذر مع قيام السبب للحكم الأصلي، ولا يشترط لتسميتها رخصة التغير بالفعل، بل ورود الحكم على خلاف ما تقتضيه الأصول العامة كيف في كونه رخصة^(٢).

الوجه الثاني^(٣): أنه مندوب إليه، لكونه أصلاً بذاته، وقد جاء الشرع به، وجرى العمل عليه^(٤).

قال ابن عرفة^(٥): وهو من حيث ذاته مندوب إليه، وقد يعرض وجوبه

(١) الحاوي الكبير للماوردي (٣٦٦/٦).

(٢) نهاية المحتاج للرملي (٣٨٢/٤).

(٣) وإليه ذهب أبو الطيب ابن سلمة، وهو قول عامة أهل العلم.

(٤) الحاوي الكبير (٣٦٦/٦).

(٥) أبو عبد الله محمد بن محمد بن عرفة، أخذ عن كثير من العلماء منهم ابن عبد

السلام، وابن هارون، والشريف التلمساني، وأخذ عنه كثير كالبرزالي والأبي،

وابن ناجي، وابن فرحون وغيرهم، له تأليف عظيمة منها تقييده الكبير في

المذهب جمع فيه ما لم يُجمع في غيره، وله في أصول الدين تأليف عارض فيه

كتاب الطوالع للبيضاوي ولد سنة ٥٩٥هـ وتوفي سنة ٦٨٠هـ. الديباج

المذهب (٣٣١/٢)، شجرة النور (٢٢٧)، نيل الابتهاج (ص ٤٦٣).

عند تعيين مصلحة^(١) وحرمة لاستلزامه مفسدة واجبة الدرع^(٢)، وكراهته لاستلزامه مفسدة راجحة الدرع^(٣).

أما حكم الصلح بمعنى الأثر المترتب عليه.

فإن للصلح أحكاماً بعضها أصلي لا ينفصل عنه جنس الصلح المشروع وبعضها دخيل يدخل في بعض أنواع الصلح دون بعض.

أما الأصلي فهو انقطاع المنازعة بين المتداعين شرعاً، بحيث لا تسمع دعواهما بعد ذلك وهذا حكم لازم لجنس الصلح^(٤).

وقد ذهب بعض الأحناف إلى أن الصلح عن السكوت والإنكار في حق المدعى عليه لاقتداء اليمين، وقطع الخصومة وفي حق المدعى بمعنى المعاوضة؛

(١) ويقصد بذلك أن الصلح تعتريه الأحكام الخمسة، فيكون واجباً عند تعيين مصلحة كرفع النزاع المؤدي إلى قطع الأرحام مثلاً أو النزاع المؤدي إلى الفساد والفوضى في المجتمع.

(٢) وهو الذي يحل الحرام أو يحرم الحلال.

(٣) مواهب الجليل للحطاب (٨٠/٥)، التاج والإكليل للمواق على المواهب (٨١/٥)، الفواكه الدواني للنفاوي (٣١٢/٢)، حاشية العدوى على الخرشى (٣/٦).

(٤) بدائع الصنائع (٥٣/٦) ط/ بيروت، تكملة حاشية ابن عابدين (٢٢٢/٨) ط/ الحلبي.

لأن المدعى يأخذ عوضاً عن حقه في زعمه^(١).

أما الدخيل فأنواع منهما حق الشفعة للشفيع، فإنما يثبت إن كان الصلح عن إقرار لأنه في معنى البيع من الجانبين، ولا يثبت إن كان الصلح عن إنكار لأنه ليس في معنى البيع من جانب المدعى عليه بل هو دفع المال لدفع الخصومة واليمين.

ومنها حق الرد بالعيب فإنما يثبت إن كان الصلح عن إقرار لأنه بمترلة البيع وإن كان عن إنكار فيثبت في جانب المدعي ولا يثبت في جانب المدعى عليه.

ومنها الرد بخيار الرؤية، ومنها أن الوكيل إذا صالح فبدل الصلح هل يلزمه أو يلزم المدعى عليه؟ وغير ذلك من الأحكام^(٢).

[مشروعية الصلح]

والصلح مشروع، مندوب إليه، وقد دلّ على مشروعيته الكتاب والسنة والأثر والإجماع والمعقول.
أما الكتاب:

فضمننا في أكثر آياته، وتصريحاً في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَمْرًا خَافَتْ مِنْ

(١) وهذا كلام غير مسلم فإنه إذا ادعى عينا وأنكر المدعى عليه أو سكت ودفع المدعى إلى أنه في حق المدعى ليس بمعنى المعاوضة لأنه في زعم المدعى أن العين التي ادعاهها حقه ولا يتصور أن يعاوض إنسان ملك نفسه بل هو في تلك الحالة لقطع الخصومة. الهداية على فتح القدير (٢/٤١١، ٤١٢).

(٢) بدائع الصنائع (٦/٣٥، ٥٤) ط/ بيروت.

بَعْلَهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا
وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ﴿النساء: ١٢٨﴾.

وجه الدلالة من الآية:

أن الله تعالى وصف جنس الصلح بالخيرية، ومعلوم أن الباطل لا يوصف
بالخيرية فكان الصلح مشروعاً^(١).

(٢) قوله تعالى: ﴿لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّنْ نُّجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ
مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ
فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْرًا عَظِيمًا﴾ [النساء: ١١٤].

وجه الدلالة من الآية:

تضمنت الآية معاني كثيرة منها أن الإصلاح بين الناس من أجل ضروب
الخير لأن نفعه يعود على المجتمع عامة بكل أصنافه وطبقاته.

قال ابن رشد: وهذا عام في الدماء، والأموال، والأعراض، وفي كل شيء
يقع التداعي والاختلاف فيه بين المسلمين، وفي كل كلام يراد به وجه الله
تعالى^(٢).

(١) تفسير القرطبي (١٩٧٦/٣) ط/ الشعب، بدائع الصنائع (٤٩٧/٧) بيروت،

المبسوط للسرخسي (١٣٤/٢٠) ط/ بيروت.

(٢) المقدمات والممهدات لابن رشد (٥١٥/٢) ط/ دار الغرب، تفسير القرطبي

(١٩٥٤/٣)، الفواكه الدواني (٣١٢/٢).

(٣) أيضا في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا﴾ [الحجرات: ٩].

وجه الدلالة من الآية: أن الله تعالى أمر بالصلح بين المؤمنين، والمأمور به مشروع مندوب إليه^(١).

(٤) قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلَحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ﴾ [الحجرات: ١٠].

قال الإمام القرطبي في تفسيرها: أي أصلحوا بين كل مسلمين تخاصما، وهذا أمر من الله تعالى يقصد به الترغيب في الصلح ومشروعيته^(٢).

أما السنة: فنصوصها التي تدعوا إلى الصلح كثيرة ومتعددة منها:

(١) ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «الصلح بين المسلمين جائز إلا صلحا حرم حلالا^(٣) أو أحل حراما^(٤)»^(٥).

(١) تكملة المجموع (٦٦/١٣) ط/ مكتبة الإرشاد، تفسير القرطبي (٦١٣٩/٩) ط/ الشعب.

(٢) تفسير القرطبي (٦١٤٣/٩).

(٣) والصلح الذي يحرم الحلال كأن يصالح إحدى زوجتيه على ألا يطاء الأخرى أو يصالح زوجته على ألا يطاء أمته.

(٤) والصلح الذي يحل الحرام فهو أن يصالح على خمر أو خنزير، والصلح الذي يكون من شأنه أن يحرم الحلال أو يحل الحرام باطل منهي عنه. الحاوي للماوردي (٣٩٧/٦) ط/ بيروت، المبسوط (١٣٤/٢٠)، المواهب للحطاب (٨١/٥).

(٥) الحديث أخرجه الترمذي في كتاب الأحكام باب ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس وقال حديث حسن صحيح، سنن الترمذي (٦٣٤/٣)، وأبو

وجه الدلالة من الحديث:

الحديث واضح الدلالة على مشروعيته الصلح. لأنه عبر عنه بالجواز والجائز مشروع ما دام وافق الحق والعدل^(١).

(٢) ما روى عن أبي أيوب الأنصاري قال: قال لي رسول الله ﷺ: يا أبا أيوب ألا أدلك على صدقة يرضى الله موضوعها؟ قلت: بلى يا رسول الله. قال: تسعى في صلح بين اثنين إذا تفاسدوا وقارب بينهما إذا تباعدوا^(٢).

وجه الدلالة من الحديث:

أن في الحديث حثاً من النبي ﷺ لأبي أيوب وللأمة جميعاً على ضرورة الصلح بن المتخاصمين، لأنه يعتبر صدقة يرضى الله عنها^(٣).

(٣) ما روي أن كعب بن مالك كان له على عبد الله بن أبي حذرر دين فلزمه فيه حتى ارتفعت أصواتهما في المسجد فأمر النبي ﷺ كعباً أن يضع

=

داود كتاب الأقضية باب الصلح (٢٧٣/٢)، تلخيص الحبير (٢٨٢/٣) ط / المكتب الإسلامي.

(١) بداية المجتهد لابن رشد (٣٢/٢)، مواهب الجليل من أدلة خليل (٣/٤) ط / قطر المبسوط (١٣٤/٢٠)، نهاية المحتاج (٣٨٢/٤)، الحاوي (٣٦٥/٦)، المغني (٥/٧)، كشف القناع للبهوتي (٣٩٠/٣).

(٢) ذكره الميثمي في الجمع وعزاه للطبراني وقال فيه عبد الله بن حفص صاحب أبي أمامة لم أعرفه وبقية رجاله ثقات، مجمع الزوائد (٨٠/٨).

(٣) الحاوي (٣٦٥/٦)، تفسير القرطبي (١٩٥٥/٣).

الشطر من دينه، وأوجب على غريمه قضاء الشطر الباقي^(١).

وجه الدلالة من الحديث:

أن النبي ﷺ أصلح بين المتخاصمين فيكون الصلح مشروعاً مأموراً به، لأنه فعله ﷺ وأفعال النبي ﷺ كأقواله في ثبوت المشروعية بها^(٢).

أما الأثر: فما روي عن سيدنا عمر بن الخطاب أنه قال: ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فإن فصل القضاء يورث بينهم الضغائن^(٣).

وجه الدلالة من الأثر:

فقد أمر ﷺ ولادة الأمر برد الخصوم إلى الصلح مطلقاً قبل فصل القضاء بينهم، وهو ما يسمى بالصلح القضائي الذي يكون بأمر القاضي، وكان ذلك بمحضر من الصحابة الكرام ﷺ ولم ينكر عليه أحد^(٤).

(٢) ما روي عن علي بن أبي طالب^(٥) كرم الله وجهه أنه أتي في شيء

(١) سبق تخريجه (ص ٦٩).

(٢) الذخيرة للقرافي (٣٣٥/٥)، الحاوي الكبير للماوردي (٣٦٦/٦)، مواهب الجليل (٨٠/٦).

(٣) سبق تخريجه (ص ٦٩).

(٤) بدائع الصنائع (٤٦٧/٧)، تفسير القرطبي (١٩٤٥/٣).

(٥) أمير المؤمنين علي بن أبي طالب بن عبد المطلب بن هاشم القرشي، رابع الخلفاء الراشدين وابن عم النبي ﷺ وصهره، وأول الناس إسلاماً، في قول كثير من أهل العلم ولد قبل البعثة بعشر سنين فربي بحجر النبي ﷺ ولم يفارقه، شهد المشاهد كلها إلا غزوة تبوك توفي رحمه الله تعالى سنة ٤٠ هـ.

الإصابة (٥٠٧/٢)، أسد الغابة (٩٠/٤)، تاريخ الخلفاء للسيوطي (ص ٦٤)، ولم أجد هذا الأثر إلا في كتاب الميسوط للسرخسي (١٣٤/٢٠).

فقال: إنه لجور ولولا أنه صلح لرددته.

وجه الدلالة:

أن فيه دليلاً على جواز الصلح ومعنى قوله (جور) أي مائل عما يقتضيه الحكم أو عما يستقر عليه اجتهادي من حكم في تلك الحادثة^(١).

أما الإجماع:

فقد أجمعت الأمة على جواز الصلح في الحملة، ولم ينكر ذلك أحد وإن كان هناك اختلاف في بعض صورته^(٢).

أما المعقول:

(١) فلأن أحد المتنازعين على منكر وإزالة المنكر واجبة إجماعاً^(٣).

(٢) ولأن الصلح شرع للحاجة إلى قطع الخصومة والمنازعة، والصلح رافع لفساد واقع أو متوقع بين المسلمين، إذ أكثر ما يكون الصلح عند التزاع، والتزاع سبب الفساد والصلح يهدمه ويرفعه، لذلك كان من أجل المحاسن، وأعظم القرب^(٤).

(١) المبسوط للسرخسي (١٣٤/٢٠).

(٢) بدائع الصنائع (٣٦٦/٧)، المجموع (٦٧/١٣)، المغني (٥/٧).

(٣) الذخيرة للقراي (٣٣٦/٥).

(٤) محاسن الشريعة للزاهد البخاري المقدسي (ص ٨٦) ط/ القدس.

المسألة الثانية الصلح عن الديون

الصلح إما أن يكون بين المدعى والمدعى عليه، وإما أن يكون بين المدعى والأجنبي المتوسط، وفي كل إما أن يكون مع إقرار المدعى عليه أو مع إنكاره أو مع السكوت.

فالصلح بين المدعى والمدعى عليه إن كان مع إقرار المدعى عليه فهو جائز.

عند جمهور الفقهاء^(١).

وذهب بعض الفقهاء^(٢) إلى عدم جواز الصلح مع الإقرار.

وحجة الجمهور هي أدلة مشروعية الصلح التي لم تفرق بين الإقرار والإنكار.

وحجة الفريق الثاني قالوا:

إن الصلح مع الإقرار هضم للحق فمتى ألزم المقر له بترك بعض حقه فتركه من غير طيب نفسه لم يطب الأخذ، وإن تطوع المقر له بإسقاط بعض

(١) المبسوط للسرخسي (١٣٤/٢) ط/ دار المعرفة، بدائع الصنائع (٤٦٧/٧)،

بداية المجتهد (٢٣٨/٢)، الذخيرة (٣٤٧/٥)، مواهب الجليل (٨٠/٥)، روضة

الطالبين (١٩٣/٤)، الحاوي الكبير (٣٦٩/٦)، نهایة المحتاج (٣٨٣/٤)، المغني

(١٢/٧).

(٢) كالخرقي، وابن أبي ليلى.

حقه جاز غير أن ذلك ليس بصلح ولا من باب الصلح بسبيل، ولم يسموا الصلح إلا في الإنكار^(١).

والخلاف بينهما خلاف لفظي أما المعنى فمتفق عليه لأنهم قالوا إنه إن وفاه فهو وفاء، فإن كان من غير جنسه فهو معاوضة، وإن أبرأه عن بعض حقه فهو إبراء، وإن وهبه بعضه فهو هبة، ولا يسمى صلحاً فالخلاف في التسمية وليس في المعنى^(٢).

وصلح الإقرار عن الديون إما معاوضة أو إسقاط وإبراء:

أما المعاوضة^(٣) فهو الجارى على غير الدين المدعى، وإنما تصح المعاوضة عن الدين إذا انتفت أوجه الفساد من فسخ الدين في الدين، وبيع الطعام قبل قبضه، والصرف المؤخر، وضع وتعجل^(٤).

فإن صالحه عن بعض أموال الربا على ما يوافقه في العلة فلا بد من قبض العوض في المجلس، ولا يشترط تعيينه في نفس الصلح على الأصح^(٥).

(١) المغنى (١٢/٧).

(٢) كشف القناع للبهوتي (٣٩١/٣).

(٣) وقد ذكر الأخناف أن الصلح في الدين ليس فيه معاوضة حيث قالوا وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وإنما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه. الهداية على فتح القدير (٤٢٥/٨).

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣١٠/٣).

(٥) روضة الطالبين (١٩٥/٤).

وصلح المعاوضة في الدين عد الفقهاء على أربعة أضرب:

﴿ الضرب الأول: أن يكون فيه معنى البيع فتجرى فيه أحكام البيع، ويشترط فيه شروطه، وذلك كمن أقر لشخص بنقد في ذمته فيصالحه عنه بعرض ففيه مبادلة مال بمال فيثبت فيه أحكام البيع^(١).

﴿ الضرب الثاني: أن يكون فيه معنى الصرف، كأن يقر له بأحد النقدين فيصالحه بالآخر، فهو بيع أحد النقدين بالآخر فيكون فيه معنى الصرف، ويشترط فيه ما يشترط في الصرف من الحلول والتقابض قبل التفرق^(٢).

﴿ الضرب الثالث: أن يصالحه عن نقد بمنفعة، وذلك كأن يكون له على رجل عشرة دراهم فيصالحه من ذلك على عمل معلوم، فجمهور الفقهاء على أن لهذا الصلح حكم الإجارة، فيشترط فيه ما يشترط فيها، لأن الإجارة تمليك منفعة بعوض وقد وجد.

فإن كان الصلح عن إقرار فظاهر لأن بدل الصلح بدل عن المدعى، وكذا إن كان عن إنكار في جانب المدعى، وفي جانب المدعى عليه هو عوض عن الخصومة واليمين، وكذا في السكوت لأن الساكت منكر حكما^(٣).

(١) بدائع الصنائع (٤٣/٦)، نهاية المحتاج (٣٨٤/٤)، روضة الطالبين (١٩٥/٤)، المغنى (١٣/٧).

(٢) نتائج الأفكار تكملة فتح القدير (٤٢٦/٨)، بدائع الصنائع (٤٧/٦)، مواهب الجليل للحطاب (٨٢/٥)، نهاية المحتاج (٣٨٥/٤)، المغنى (١٣/٧).

(٣) بدائع الصنائع (٤٧/٦)، كشف القناع (٤٠٠/٣)، وخالف في هذا المالكية وقالوا هذا الصلح لا يجوز لأنه فسخ دين في دين حاشية الخرشى (٣/٦).

◀ الضرب الرابع: أن يقر له بدين في الذمة فيصالحه على موصوف في الذمة من غير جنسه.

بأن صالحه عن دينار في ذمته بإردب قمح ونحوه في الذمة، وهذا الصلح صحيح لكن لا يجوز التفرق قبل القبض لأنه إذا حصل تفرق قبل القبض كان كل واحد من العوضين ديناً فصار من بيع الدين بالدين وهو منهي عنه شرعاً^(١).

قال في المغنى: وإن اعترف له بدين فصالحه على موصوف في الذمة لم يجز التفرق قبل القبض لأنه بيع دين بدين^(٢).

وقد ذهب الشافعية: إلى أن يشترط تعيين بدل الصلح في المجلس ليخرج من بيع الدين بالدين أما اشتراط القبض في المجلس فوجهان أصحهما عدم الاشتراط إلا إذا كانا ربويين^(٣).

أما صلح الإبراء^(٤) والإسقاط: وهو الصلح الجاري على بعض الدين

(١) بدائع الصنائع (٤٢/٦)، التاج والإكليل للمواق مطبوع على المواهب (٨٢/٥)، كشف القناع (٣٩٤/٣).

(٢) المغنى (١٣/٧).

(٣) روضة الطالبين (١٩٥/٤)، نهاية المحتاج (٣٨٥/٤).

(٤) والإبراء: عبارة عن إسقاط الشخص حقاً له في ذمة آخر أو قبله و صلح الإبراء يختلف عن الإبراء ذاته الذي هو وسيلة من وسائل إنهاء النزاع في الديون. فإن بينهما عمومًا وخصوصًا وجهى فيجتمعان في الإبراء بمقابل في حالة النزاع

المدعى، وهو إبراء عن بعض الدين ويسميه الشافعية صلح الحطيطة.
وصورته بلفظ الصلح ان يقول المقر له صالحتك عن الألف الذي لي
عليك وقد حلّ أجلها على خمسمائة.
حكمه:

وهذا الصلح إما أن يكون بلفظ الصلح أو بغير لفظ الصلح كالإبراء
والإسقاط فإن كان بلفظ الصلح فقد اختلف الفقهاء فيه على مذهبين:
المذهب الأول: جمهور الفقهاء من الأحناف، والمالكية، والشافعية، أن
هذا الصلح جائز.

وحجتهم أن المدعى أخذ بعض حقه وأسقط الباقي، ولا حرج على
الإنسان في إسقاط بعض حقه أو هبته^(١).

فإن اقتصر على لفظ الصلح فقط فإن ذلك جائز عند الأحناف، والمالكية
وللشافعية وجهان كما في صلح الحطيطة عن العين أصحهما الصحة^(٢).
واشترط الأحناف لجواز ذلك أن يكون ما استوفاه مستحقا بعقد المداينة
فإن كان له على آخر ألف درهم فصالحه على خمسمائة جاز وكأنه أبرأه

=

وينفرد الإبراء في الإسقاط مجانا أو في غير حالة التراجع كما ينفرد الصلح فيما
إذا كان بدل الصلح عوضا لا إسقاط فيه.

(١) تكملة فتح القدير (٤٢٦/٨، ٤٢٧)، الذخيرة للقرافي (٣٦٦/٥)، روضة
الطالبين (١٩٥/٤، ١٩٦)، الحاوي الكبير (٣٦٨/٦)، كشف القناع
(٣٩١/٣).

(٢) روضة الطالبين (١٩٥/٤، ١٩٦).

عن بعض حقه.

أما لو صالحه عن ألف مؤجلة بخمسمائة حالة لم يجوز لأن هذا غير مستحق بعقد المداينة فيكون ما حطّه اعتياضاً عن الأجل وهو حرام^(١).

أما المالكية فلا يقولون بذلك بل قال ابن يونس^(٢) نقلًا عن الإمام مالك: إنه إن قال المدعى إن عجلت حتى اليوم أو إلى شهر فلك وضیعة كذا فعجل إلا درهما أو بعد الوقت باليسير لزمته الوضیعة لأن ما قارب الشيء يعطى حكمه^(٣) ويفهم من ذلك أنه يجوز أن يشترط التعجيل مقابل الوضع.
«المذهب الثاني: مذهب الحنابلة أن هذا لا يكون صلحاً لأنه صالح عن بعض ماله ببعض فهو هضم للحق وهذه أصح الروایتين عن الإمام أحمد بن حنبل والرواية الأخرى يصح^(٤)».

فإن كان بغير لفظ الصلح فإنه يجوز فيصح هذا بلفظ الإبراء، والخط، والإسقاط، والترك، والإحلال، والتحليل، والعفو، والوضع، ولا يشترط

(١) تكملة فتح القدير (٨/٤٢٦، ٤٢٧).

(٢) أبو بكر محمد بن عبد الله بن يونس التميمي الصقلي، الفقيه الفاضل الملازم للجهاد أخذ العلم عن كبار العلماء من صقلية، وأخذ عن شيوخ القيروان، له مصنفات منها كتاب في الفرائض وكتاب شرح المدونة توفي سنة ٤٥١هـ.

شجرة النور (ص ١١١) ط/ بيروت، الديباج المذهب (٢/٢٤٠، ٢٤١).

(٣) الذخيرة (٥/٣٦٦).

(٤) المغني (٧/١٤، ١٥)، كشف القناع (٣/٣٩١، ٣٩٢).

القبول^(١) سواء قلنا الإبراء تملك أو إسقاط.

فإن تطوع المقر له بإسقاط بعض حقه بطيب نفس جاز ويشترط فيه أن يكون صادرًا ممن يملك التبرع فلا يصح من المكاتب والعبد، ولا من ولي اليتيم، وناظر الوقف ونحوهم كالوكيل في استيفاء الحقوق لأنه تبرع وهؤلاء لا يملكونه^(٢).

ولم يعتبره الحنابلة صلحًا وكذا ابن شاس^(٣) من المالكية بل قالوا إنه إبراء وليس بصلح^(٤).

المسألة الثالثة الصلح مع الإنكار

هذا إذا كان الصلح عن إقرار من المدعى عليه فإن كان عن إنكار وذلك كما إذا ادعى شخص على آخر دينًا مثلًا فأنكر المدعى عليه ذلك الحق ثم صالح عنه.

(١) وهو قول الدسوقي من المالكية فقال لا يشترط القبول، ولا تجدد الحيازة على المعتمد، خلافا للخرشي من أن الإبراء يحتاج إلى القبول وإن لم يحتج إلى الحيازة. حاشية الدسوقي (٣/٣١٠).

(٢) المبدع (٤/٢٧٩).

(٣) عبد الله بن محمد بن نجم بن نزار بن شاس الفقيه المالكي المكنى بأبي محمد أخذ العلم عن أكابر العلماء، وصنف الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، وغيره ومال إلى النظر في السنة النبوية، والاشتغال بها، توفي سنة ٦٠٠ هـ الديباج المذهب (١/٤٤٣)، وفيات الأعيان (٣/٣٣٧) ط/ بيروت.

(٤) التاج والإكليل (٥/٨١).

حكمه:

وقد اختلف الفقهاء في جوازه على مذهبين:

المذهب الأول: جمهور الفقهاء من الأحناف^(١) والمالكية^(٢) والحنابلة^(٣)

على جواز الصلح على الإنكار بل قال الإمام أبو حنيفة رحمته الله أجوز ما يكون الصلح على الإنكار^(٤).

(١) بدائع الصنائع (٤٦٧/٧)، تكملة فتح القدير (٤٠٥/٨).

(٢) وقد اشترط المالكية لذلك ثلاثة شروط: [١] ان يكون الحكم جائزاً على دعوى المدعى. [٢] أن يكون جائزاً على دعوى المدعى عليه [٣] أن يكون جائزاً على ظاهر الحكم بأن لا تكون هناك تهمة فساد، واعتبر ابن القاسم الشرطين الأولين فقط واعتبر أصبح أمراً واحداً وهو ألا تتفق دعواهما على فساد. حاشية الدسوقي (٣١٢/٣)، مواهب الجليل للحطاب (٨٣/٥)، حاشية الخرشي (٤/٦)، بلغة السالك للصاوي (١٤٨/٢) ط/ الحلبي، الذخيرة للقرافي (٣٥١/٥).

(٣) كشف القناع (٣٩٨/٣)، المغني لابن قدامة (٧/٧).

(٤) اعترض بعض العلماء على مقولة أبي حنيفة رحمته الله ان أجوز ما يكون الصلح على الإنكار وقالوا إن الاختلاف في الصلح على الإنكار ظاهر فكيف يكون المختلف فيه أجوز من المتفق عليه، وقد دافع بعض العلماء عن هذا القول بأن مراد الإمام أنه أنفذ وألزم فالصلح عن الإقرار يفسد بأسباب لا يفسد الصلح مع الإنكار بتلك الأسباب، أو أن مراده أنه أكثر ما يكون لأنه إذا وقع مع الإقرار يكون المدعى قد استوفى حقه فلا حاجة إلى الصلح، وإنما الحاجة إلى ذلك عند الإنكار ليتوصل به المدعى إلى أخذ حقه أو أن مراده أن ثمرة الصلح

لكن يشترط فيه أن يكون المدعى معتقداً أن ما ادعاه حق والمدعى عليه يعتقد أن لا حق عليه فيتصالحان قطعاً للخصومة والتراجع، أما إذا كان أحدهما عالماً بكذب نفسه، فالصلح باطل في حقه، وما أخذه ذلك الكاذب حرام عليه، لأنه من أكل أموال الناس بالباطل^(١).

المذهب الثاني: بعض الأحناف^(٢) ومذهب الشافعية^(٣) وابن حزم الظاهري^(٤) ذهبوا إلى عدم جواز الصلح على الإنكار^(٥).

=

قطع المنازعة وذلك عند الإنكار أظهر لأن مع الإقرار لا تمتد المنازعة بينهما والعقد الذي ينفذ ثمرته يكون أقرب إلى الجواز مما لا يكون مفيداً لثمرته. ثم إن الصلح مع الإقرار تملك مال بمال فيكون بيعاً وهذا العقد يختص باسم فلا بد لاختصاصه بالاسم من أن يكون مختصاً بحكم، وهذا الحكم لا يكون إلا جوازه مع الإنكار.

(١) بدائع الصنائع (٤٦٧/٧).

(٢) كابن أبي ليلى من الأحناف يراجع بدائع الصنائع (٤٦٧/٧).

(٣) تكملة المجموع (٧١/١٣)، الحاوي (٣٦٩/٦).

(٤) علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري أبو محمد، عالم الأندلس في عصره، وأحد أئمة الإسلام، ولد بقرطبة، كان فقيهاً، حافظاً، يستنبط الأحكام من الكتاب والسنة، وانتقد كثير من العلماء والفقهاء أشهر مصنفاته الفصل في الملل والأهواء والنحل والمحلى، وجمهرة الأنساب، والناسخ والمنسوخ، وغير ذلك الكثير ولد سنة ٣٤٨هـ وتوفي سنة ٤٥٦هـ.

الأعلام (٢٥٥/٤)، لسان الميزان (١٩٨/٤).

(٥) بدائع (٤٦٧/٧)، نهاية المحتاج (٣٨٧/٤)، المحلى لابن حزم (١٦١/٨).

الأدلة:

استدل أصحاب المذهب الأول بأدلة كثيرة من الكتاب والسنة والمعقول والقياس.

أما الكتاب:

(١) ظاهر قوله تعالى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء: ١٢٨].

وجه الدلالة من الآية:

أن الله تعالى وصف جنس الصلح بالخيرية، ومعلوم أن الباطل لا يوصف بالخيرية، فكان كل صلح مشروع بظاهر النص، إلا ما خص بالدليل^(١).

(٢) قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ

بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

وجه الدلالة من الآية:

أن الصلح على الإنكار تجارة عن تراض، فيكون مشروعاً.

أما السنة:

(١) فالعموم المستفاد من قول النبي ﷺ: «الصلح جائز بين

المسلمين»^(٢).

(١) بدائع الصنائع (٣٦٧/٧)، تكملة فتح القدير (٤٠٥/٨)، الحاوي (٣٦٩/٦)،

كشفاف القناع (٣٩٧/٣)، المبدع (٣٨٥/٤).

(٢) سبق تخريج الحديث (ص ٢٢٠).

وجه الدلالة من الحديث:

أن الحديث دل بعمومه على جواز كل صلح، فيكون الصلح على الإنكار داخل في الجواز، أما ما خص بالدليل فإنه يخرج من هذا العموم.

(٢) قول سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه: ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فإن

فصل القضاء يورث بينهم الضغائن^(١).

وجه الدلالة من الأثر:

أن سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه أمر برد الخصوم إلى الصلح مطلقاً دون تفريق بين كونه مع الإنكار أو الإقرار، وكان ذلك بمحض من الصحابة رضوان الله عليهم، ولم ينكر عليه أحد فيكون إجماعاً من الصحابة، فيكون حجة قاطعة.

أما المعقول:

(١) فلأن الصلح إنما شرع للحاجة إلى قطع الخصومة والمنازعة، والحاجة إلى قطعهما في التحقيق عند الإنكار، إذ الإقرار مسالمة فكان الإنكار أولى بالجواز، وقد ذكرنا سابق قول الإمام أبي حنيفة إن أجوز ما يكون الصلح على الإنكار^(٢).

(٢) ولأن اختلاف الأسامي يوجب اختلاف المعاني، فلما اختص الصلح باسم غير البيع وجب أن يكون مخالفاً لحكم البيع، ولو كان لا يجوز إلا بعد

(١) سبق تخريج الأثر (ص ٦١).

(٢) بدائع الصنائع (٤٦٧/٧).

الإقرار لكان بيعاً محضاً ولم يكن لاختصاصه باسم الصلح معنى ولا فائدة^(١).
 (٣) ولأن المنع من الصلح مع الإنكار منع من الصلح بكل حال، لأن
 الصلح مع الإقرار بعيد فلم يبق له محل إلا مع الإنكار^(٢).
 أما القياس:

(٤) قياس الصلح مع الإنكار على الصلح مع الإقرار، ولأن الصلح مع
 اعتراف الغريم صحيح، فلأن محل مع جحده وعجزه عن الوصول إلى حقه
 إلا بذلك أولى^(٣) ثم إن المدعى هاهنا يأخذ عوض حقه الثابت له والمدعى
 عليه يدفعه لدفع الشر عنه، وقطع الخصومة، ولم يرد الشرع بتحريم ذلك في
 موضع.

(٥) قياس الصلح مع الإنكار بين المدعى والمدعى عليه على الصلح مع
 الإنكار بين المدعى والأجنبي، والثاني صحيح فيصح مع الخصم^(٤).
 أدلة المذهب الثاني:

استدل أصحاب المذهب الثاني بأدلة من الكتاب والسنة والمعقول.
 أما الكتاب:

(١) ف قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨].

(١) الحاوي (٣٦٩/٦)، المبسوط (١٤٣/٢٠)، (١٤٤).

(٢) الحاوي (٣٦٩/٦).

(٣) تكملة فتح القدير (٤٠٦/٨)، المغني (٦/٧).

(٤) المغني (٦/٧، ٧).

وجه الدلالة من الآية:

أن الصلح على الإنكار من أكل أموال الناس بالباطل لأنه لم يثبت له حق يعتوض عليه^(١)، وأكل أموال الناس بالباطل لا يجوز فكذلك الصلح على الإنكار لا يجوز.

أما السنة:

(١) قول النبي ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً»^(٢).

وجه الدلالة من الحديث:

أن الصلح على الإنكار محرم للحلال ومحل للحرام لأنه محل المعاوضة على غير حق ثابت وهذا حرام، ويُحرم على المدعى باقى حقه وهو حلال له فيدخل في النهي الموجود في الحديث^(٣).

فإذا أحل الصلح الحرام أو حرم الحلال وجب رده وفسخه وعدم قبوله وقد أبطل رسول الله ﷺ الصلح وفسخه في الحديث المشهور عن أبي هريرة^(٤) قال: جاء أعرابي إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله اقض

(١) الحاوي (٣٦٩/٦)، المحلى لابن حزم (١٦١/٨).

(٢) سبق تخريج الحديث (ص ٢٢٠).

(٣) الحاوي (٣٧٠/٦)، بداية المجتهد (٢٣٨/٢)، الذخيرة (٣٥١/٥)، المغنى

(٦/٧).

(٤) سبقت ترجمته (ص ٥١).

بيننا بكتاب الله، قال أحد الخصمين إن ابني كان عسيفاً^(١) على هذا فزني بامرأته، فقالوا على ابنك الرجم، فقديت ابني بمائة من الغنم ووليدة، ثم سألت أهل العلم فقالوا إنما على ابنك مائة جلدة، وتغريب عام، وإنما الرجم على امرأته، فقال رسول الله ﷺ لأقضين بينكما بكتاب الله أما الوليدة والغنم فرد عليك، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام وأغد يا أنيس^(٢) إلى امرأة هذا الرجل فإن اعترفت فارجمها فاعترفت فرجمها^(٣).

أما المعقول:

- (١) قالوا: إن جواز الصلح يستدعي حقاً ثابتاً، والصلح على الإنكار صلح عن حق غير ثابت، لأن الحق لو ثبت في الإنكار فإنما يثبت بمجرد الدعوى وقد عارضها الإنكار فلا يثبت الحق عند التعارض^(٤).
- (٢) أن الصلح على الإنكار عقد معاوضة خلا عن العوض في أحد جانبيه فبطل كالصلح على حد القذف^(٥).

(١) أي أجيرا.

(٢) هو أنيس الأسلمي صحابي جليل، وليس تصغيراً لأنس بن مالك الصحابي المعروف.

(٣) صحيح البخاري كتاب الصلح، باب إذا اصطلحوا على جور فالصلح مردود

(٣/٢٤٠) ط / دار الحديث، صحيح مسلم كتاب الحدود باب رجم الثيب

في الزنى (٣/١٣٢٤) ط / إحياء التراث العربي بيروت.

(٤) الحاوي (٦/٣٧٠)، بدائع الصنائع (٧/٤٦٧)، تكملة المجموع (١٣/٧٠).

(٥) روضة الطالبين (٤/١٩٤)، الحاوي (٦/٣٧٠)، تكملة المجموع (١٣/٧٠).

(٣) وقالوا أيضاً إن المبدول في الصلح إما أن يكون مبدولاً لكف الأذى أو مبدولاً لقطع الحق، أو مبدولاً للإعفاء من اليمين، أو مبدولاً للمعاوضة، ولا يجوز أن يكون مبدولاً لدفع الأذى لأنه من أكل أموال الناس بالباطل، ولا يجوز أن يكون مبدولاً لقطع الحق لما فيه من اعتبار ما يمنع من الربا وهو إذا كان الحق ألفاً لم يجوز أن يصلحه على أكثر منها، ولو قال لقطع الدعوى لجاز ذلك.

ولا يجوز أن يكون مبدولاً للإعفاء من اليمين لما فيه من الأمرين معاً فثبت أنه مبدول للمعاوضة، وهي تصلح مع الإقرار وتبطل مع الإنكار، لأن ما لم يجب من الحقوق لا تجوز المعاوضة عليه^(١).

(٤) وقالوا إن المدعى في صلح الإنكار اعتاض عما لا يملكه فصار كمن باع مال غيره، والمدعى عاوض عن ملك نفسه فصار كمن اشترى ملك نفسه من وكيله.

فالصلح على الإنكار يستدعى أن يملك المدعى ما لا يملك، وأن يملك المدعى عليه ما يملك، وذلك إذا كان المدعى كاذباً فإن كان صادقاً انعكس الحال.

مناقشة الأدلة والجواب عنها:

وقد ناقش الجمهور أدلة المذهب الثاني بما يأتي:

(١) أما قولهم إن الصلح يؤدي إلى أكل الحرام وتحليله، وتحريم الحلال

(١) الذخيرة (٣٥١/٥، ٣٥٢)، الحاوي (٣٧٠/٦)، المغني (٧/٧).

وقد قال النبي ﷺ: «إلا صلحاً أحل حراماً» فلا نسلم دخوله فيه، ولا يصح حمل الحديث على ما ذكره لوجهين:

أحدهما: أن هذا يوجد أيضاً في الصلح بمعنى البيع فإنه يحل لكل واحد منهما ما كان محرماً عليه قبل الصلح، وكذلك الصلح بمعنى الهبة، وغير ذلك.

الثاني: أنه لو حل به المحرم لكان الصلح صحيحاً فإن الصلح الفاسد لا يحل الحرام، وإنما معناه ما يتوصل به إلى تناول المحرم مع بقاءه على تحريمه كما لو صالحة على استرقاق حر مثلاً^(١).

(٢) أما قولهم إن الحق ليس بثابت، فإن هذا على الإطلاق ممنوع، بل الحق ثابت فيزعم المدعى، وحق الخصومة واليمين ثابتان له شرعاً فكان هذا صلحاً عن حق ثابت فكان مشروعاً^(٢).

(٣) أما قولهم إنه معاوضة:

فنقول: هل هي معاوضة في حقهما أم في حق أحدهما:

الأول ممنوع والثاني مسلم وهذا لأن المدعى يأخذ عوض حقه من المنكر لعلمه بثبوت حقه عنده، فهو معاوضة في حقه، ولا منكر يعتقد أنه يدفع المال لدفع الخصومة واليمين عنه، ويخلصه من شر المدعى فهو إبراء في حقه،

(١) كشف القناع (٣/٣٩٧)، المغني (٧/٧).

(٢) بدائع الصنائع (٧/٤٦٧).

وغير ممتنع ثبوت المعاوضة في حق أحد المتعاقدين دون الآخر^(١).

(٤) أما قولهم إنه لا يجوز أن يكون المبدول لقطع الحق. أو الخصومة أو للإعفاء من اليمين.

فنقول: يجوز أن يكون المبدول لقطع الدعوى أو للإعفاء من اليمين، فإن المدعى عليه إن كان يعتقد ألا حق عليه فإنه يدفع شيئاً إلى المدعى افتداء ليمينه وقطعاً للخصومة، وصيانة لنفسه عن التبذل وحضور مجلس الحكم. فإن ذوي المروءة والنفوس الشريفة يصعب عليهم ذلك، ويرون أن دفع ذلك عنهم من أعظم المصالح، والشرع لا يمنعهم من وقاية أنفسهم، وصيانتها، ودفع الشر عنها ببذل المال^(٢).

وهو معاوضة لأنه أخذ المال بحق، ولا يلزم من عدم ثبوته عدمه^(٣).

(٥) أما قولهم إنه كمن اشترى ماله من وكيله، فنقول إن هذا قياس مع الفارق فلا يصح، والفرق بينهما واضح فإنه مع وكيله متمكن من ماله بخلاف صورة التراجع.

مناقشة الشافعية ومن معهم لأدلة الجمهور والجواب عنها:

(١) قالوا: إن العموم الذي استدل به الجمهور في قوله تعالى: ﴿وَالصُّلْحُ

خَيْرٌ﴾ [النساء: ١٢٨]،

وقول النبي ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين»، وقول عمر بن الخطاب

(١) المغني (٧/٧).

(٢) المرجع السابق نفس الجزء والصفحة.

(٣) الذخيرة (٣٥٢/٥).

ردوا الخصوم حتى يصطلحوا.

كل هذه العمومات مخصوصة بالأدلة التي ذكرناها بأن هذا العموم لا يشمل الصلح مع الإنكار^(١) وقد أطال ابن حزم الظاهري في الرد على عمومات الجمهور^(٢).

الجواب عن المناقشة:

إن التخصيص لم يشمل صلح الإنكار وإنما شمل الصلح المحرم الذي يحل الحرام أو يحرم الحلال، وقد رد الجمهور على الأدلة التي نخصت الصلح بالصلح على الإقرار فقط.

(٢) قالوا: إن قول الجمهور اختلاف الأسماء يوجب اختلاف المعاني

فاقتضى أن الصلح يختلف عن البيع فإن هذا الاختلاف من وجهين.

الأول: أن الصلح في الغالب يكون بعد التراجع والمخاصمة والبيع بخلافه.

الثاني: أن المقصود بالصلح الإرفاق، وبالبيع المعاوضة فكان افتراقهما من

هذين الوجهين لا من حيث الإقرار والإنكار.

الجواب عن المناقشة:

لا مانع من أن يكون البيع يفرق عن الصلح من الوجهين السابقين، ومن

حيث الإقرار والإنكار أيضاً.

(٣) قالوا: إن قول الجمهور بأن المنع من الصلح مع الإنكار يفضي إلى

(١) الحاوي (٦/٣٧٠).

(٢) المحلى (٨/١٦٢).

منع الصلح بكل حال غير صحيح لأن المقر له قد يضلح أيضا إما لكون المقر غاصباً لما في يده، وإما لكونه مماطلاً بحقه ويرى أن يتعجل قبض البعض بالصلح.

الجواب عن المناقشة:

أن ما قاله الجمهور هو الغالب ولا مانع من وجود غيره.
الرأي الراجح: بعد عرض المذاهب والأدلة يتبين رجحان مذهب الجمهور القائل بجواز الصلح على الإنكار كما جاز على الإقرار لقوة أدلتهم، وأنه أمكن الرد على أدلة المخالفين ومناقشة اعتراضاتهم على أدلة الجمهور، ومراعاة لمصلحة الناس إذ أكثر ما يكون التراع والشقاق عند الإنكار.

ثمرة هذا الخلاف: وبناء على هذا الاختلاف فلا يُمكن المدعى من العود إلى الدعوى في الصلح على الإنكار على مذهب الجمهور، بل ويجبر المدعى عليه على تسليم البدل فإن سلمه فليس له أن يسترده.
وعلى مذهب الشافعية فإن الصلح على الإنكار غير صحيح وعليه فيمكن المدعى من العود إلى الدعوى، ولا يجبر المدعى عليه على تسليم البدل، وإن سلم البدل فله أن يسترده^(١).

(١) إيثار الإنصاف في آثار الخلاف لسبط بن الجوزي (ص ٣٧٢) ط/ دار السلام.

التكييف الفقهي للصلح مع الإنكار:

ونعني بذلك أن الصلح مع الإنكار هل هو معاوضة في حق كل من المدعى والمدعى عليه فيلحق بأقرب العقود إليه شيها كالبيع^(١) كما في الصلح مع الإقرار، أم هو معاوضة في حق أحدهما دون الآخر.

الأول: وهو كونه معاوضة في حقهما معاً قال المالكية في المشهور عنهم، فإنه يراعى فيه من الصحة ما يراعى في البيوع مثل أن يدعى إنسان على آخر دراهم فينكر ثم يصالحه عليها بدنانير مؤجلة فهذا لا يجوز عند مالك . وأصحابه وقال أصبغ^(٢) هو جائز، لأن المكروه فيه من طرف واحد وهو من جهة الطالب لأنه يعترف أنه أخذ دنانير نسيئة في دراهم حلت له وأما الدافع فيقول هي هبة مني والصلح الذي يقع فيه ما لا يجوز في البيوع هو في

(١) قال ابن عات إن الصلح عند مالك ليس يبيع بل هو أصل في نفسه كما أن البيع أصل في نفسه، ولا يقاس أصل على أصل، وإنما تقاس الأصول على الفروع هذا أ.هـ. كالمه ولعل مراده وإنما تقاس الفروع على الأصول، التاج والإكليل (٦/ ص ٨٣).

(٢) أبو عبد الله أصبغ بن الفرّج بن سعيد بن نافع المصري الإمام الفقيه المحدث، سمع من ابن القاسم وابن وهب وتفقه معهم، روي عنه الذهبي والبخاري والرازي وتفقه به ابن المواز وابن حبيب وقال ما أخرجت مصر مثل أصبغ، له تأليف منها كتاب الأصول، وتفسير حديث الموطأ، وكتاب آداب الصيام، ولد سنة ١٥٠هـ وتوفي بمصر سنة ٢٢٥هـ، شجرة النور (١/ ٦٦)، وفيات الأعيان لابن خلكان (١/ ٣٤٠) بيروت.

مذهب مالك ثلاثة أقسام: صلح يفسخ باتفاق، وصلح يفسخ باختلاف، وصلح لا يفسخ باتفاق إن طال وإن لم يطل ففيه اختلاف^(١)، وهذا من النوع الثاني.

أما الأحناف والحنابلة فإنهم قالوا بالثاني وهو أن الصلح مع الإنكار معاوضة في حق المدعى^(٢) لأنه يعتقده عوضاً عن حقه، فيثبت فيه أيضاً ما يثبت في المعاوضات من أحكام.

أما في حق المدعى عليه فإنه يكون خلاصاً من اليمين، وقطعاً للمنازعة فهو في حق المدعى عليه إبراءٌ وخلاصٌ من اليمين، ودفع للضرر عنه^(٣).

ثمرة الخلاف بين المالكية وبين الأحناف والحنابلة:

إنه لو صالحه مع الإنكار وكان ما أخذه المدعى عوضاً عن حقه عقاراً

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد (٢/٢٣٨)، مواهب الجليل للحطاب (٥/٨٣، ٨٤)، حاشية الخرشي (٦/٤)، تبصرة الحكام (٢/٤٨).

(٢) وقد ذكر صاحب تكملة فتح القدير أن كون الصلح مع الإنكار في حق المدعى مطلقاً بمعنى المعاوضة ممنوع، فإنه إذا ادعى عينا وأنكر المدعى عليه ودفع المدعى إلى المدعى عليه شيئاً بطريق الصلح وأخذ العين كان ذلك الصلح جائزاً على ما صرحوا به مع أنه في حق المدعى ليس بمعنى المعاوضة لأن في زعم المدعى أن العين التي ادعاها حقه ولا يتصور أن يعاوض إنسان ملك نفسه، بل إن الصلح في حق المدعى في تلك الصورة لقطع الخصومة، تكملة فتح القدير (٨/٤١١).

(٣) بدائع الصنائع (٧/٤٦٧)، الهداية على فتح القدير (٨/٤٠٨)، المغني (٧/٧).

مشفوعا فيثبت فيه الشفعة لشريك المدعى عليه^(١) لأنه أخذه عوضا فكان كما لو اشتراه، هذا على رأي المالكية.

أما على رأي الأحناف، والحنابلة فلا تثبت الشفعة في هذا العقار لشريك المدعى عليه، لأن المدعى يعتقد أنه أخذ ماله أو بعضه، مسترجعاً له ممن هو عنده فلم يكن معاوضة بل هو كاسترجاع العين المغصوبة^(٢).

أما على رأي الشافعية فإنه إذا وقع الصلح مع الإنكار فإنه يكون باطلا، ولزم رد العوض، ولم يقع الإبراء، وذلك لأن ما قبضه بالصلح الفاسد لا يملكه كالمقبوض بالبيع الفاسد^(٣).

(١) وقال القرافي من المالكية لا تثبت الشفعة إلا في الإقرار فقط لأنه بيع - الذخيرة للقرافي (٣٦٢/٥).

(٢) بدائع الصنائع (٤٩٢/٧)، المغني (٧/٧)، كشف القناع (٣٩٨/٣).

(٣) الحاوي (٣٧١/٦).

المسألة الرابعة الصلح مع السكوت

وهذا هو القسم الثالث من أقسام الصلح، وذلك كما إذا ادعى شخص على آخر ديناً فسكت المدعى عليه دون أن يقر أو ينكر، ثم صالح عنه. فقد اختلف الفقهاء في حكم هذا الصلح هل يلحق بالإقرار أو بالإنكار؟ على مذهبين:

المذهب الأول: الجمهور من الأحناف والمالكية والحنابلة وتبعهم ابن أبي ليلى في السكوت أنه جائز ويلحق بالصلح مع الإقرار^(١).

وحجتهم قياس الصلح مع السكوت على الصلح مع الإنكار، فإذا كان الصلح مع الإنكار جائزاً فإن الصلح مع السكوت جائز من باب أولى.

المذهب الثاني: الشافعية، والخرقي من الحنابلة، قالوا إن الصلح مع السكوت غير جائز^(٢).

واستدلوا على ذلك بما استدلوا به على عدم جواز الصلح مع الإنكار. هذا إذا كان السكوت من جانب المدعى عليه، فإن كان السكوت من كلا الطرفين وهو ما يطلق عليه الصلح بالتعاطى فإنه يجوز إذا كانت هناك قرائن تدل على تراضيهما به، وكان قد أعطاه مالا وأخذ المدعى، فإذا أعطى المدعى عليه للمدعى بعض الحق ولم يجر بينهما كلام يدل على الصلح فلا ينعقد الصلح بالتعاطى، وللمدعى طلب باقي الدين لجواز أن يكون المدعى قد أخذ ما أخذ من الحق وقصد بذلك استيفاء بعض حقه على

(١) بدائع الصنائع (٧/٧)، مواهب الجليل للحطاب (٨٣/٥).

(٢) نهاية المحتاج (٣٨٧/٤)، المغنى (١٢/٧).

أن يأخذ البعض الآخر بعد ذلك^(١).

وأخيراً:

فإن من أهم آثار الصلح هي انقطاع الخصومة، والمنازعة بين المتداعيين شرعاً بحيث لا تسمع دعواهما بعد ذلك، وهذا حكم لازم لجنس الصلح^(٢). وفي الصلح يحصل المدعى على حقه أو يتركه وتنتهى المنازعة، وبهذا تحل الألفة والمحبة مكان العداوة، وتتآلف القلوب، ويعم الخير على المجتمع، والصلح رافع لفساد واقع، أو متوقع بين المسلمين إذ أكثر ما يكون الصلح عند التزاع والتزاع سبب الفساد والصلح يهدمه ويرفعه، ولهذا كان من أجل المحاسن وأعظم الخصال^(٣).

إن إنهاء التزاع بين طرفي الخصومة بعقد الصلح يؤدي إلى الإنصاف، وإلى تحقيق الوفاق والوئام ذلك أن طرفي الخصومة هما أعلم من غيرهما بمدى استحقاق كل منهما فيما يدعيه لأن كلا منهما يعلم حقيقة أمره في محل التزاع القائم بينهما، وفي حسم هذا التزاع بعقد الصلح عن تراض منهما وتشاور تحقيقاً للرضا والوفاق الذي قد لا يحققه حكم قضائي يصدر لصالح أحدهما ويبقى في نفس الطرف الآخر شيء وهذا يسهم في تحقيق السلم الاجتماعي وإشاعة الأمن والسلام بين أفراد المجتمع، ومن شأنه أن يستأصل شأفة الخصومة، ويؤلف بين القلوب المتنافرة، ويضع حداً لما تتركه الخصومات من أحقاد في النفوس وضغائن في الصدور.

ولأن الصلح عقد لازم، فلذلك لا يملك أحد العاقدين فسخه أو الرجوع

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٤/٥٠٤).

(٢) بدائع الصنائع (٧/٤٩٢) ط/ بيروت.

(٣) محاسن الإسلام للزاهدي (ص ٨٦) ط/ القدس.

عنه بعد تمامه.

فإذا كان الصلح باطلاً فلا يتم ولا يرتب عليه أثر من آثاره ويعود المدعى إلى دعواه ومطالبته بالحق وعليه أن يسلم بدل الصلح للمدعى عليه. ويبطل الصلح بأشياء منها:

(١) الإقالة: فيما سوى القصاص وذلك لأن ما سوى القصاص لا يخلو معنى المعاوضة فكان محتملاً للفسخ.

(٢) لحاق المرتد بدار الحرب بناء على رأى الإمام أبي حنيفة.

(٣) الرد بخيار العيب والرؤية لأن العقود تفسخ بها.

(٤) الاستحقاق وهو ليس إبطالاً للصلح بل هو بيان أن الصلح لم يصح أصلاً.

(٥) هلاك أحد المتعاقدين في الصلح على المنافع قبل انقضاء المدة لأنه بمعنى الإجارة^(١).

فإذا ما بطل الصلح بعد صحته، أو لم يصح أصلاً فيرجع المدعى إلى أصل دعواه إن كان الصلح عن إنكار فإن كان عن إقرار فيرجع المدعى عليه بالمدعى فقط^(٢).

والله تعالى أعلى وأعلم بالصواب.

(١) بدائع الصنائع (٧/٤٩٤، ٤٩٥).

(٢) الفواكه الدواني (٢/٣١٣)، بدائع الصنائع (٧/٤٩٦).

المطلب الثاني إنهاء النزاع في الديون بالإبراء

وفيه عشرة مسائل:

المسألة الأولى: تعريف الإبراء لغة واصطلاحاً.

المسألة الثانية: هل الإبراء إسقاط أو تملك؟

المسألة الثالثة: حكم الإبراء.

المسألة الرابعة: أركان الإبراء.

المسألة الخامسة: إبراء المريض مرض الموت.

المسألة السادسة: حكم الإبراء من المجهول.

المسألة السابعة: الإبراء بعد سقوط الحق أو دفعه.

المسألة الثامنة: شمول الإبراء للزمان والمقدار وسريانه من حيث الأشخاص.

المسألة التاسعة: تعليق الإبراء وتقييده وإضافته.

المسألة العاشرة: أثر الإبراء في إنهاء النزاع في الدين، وحكم الرجوع فيه

وسماع الدعوى بعده.

المطلب الثاني: إنهاء النزاع في الديون بالإبراء المسألة الأولى: تعريف الإبراء

والإبراء لغة: برئ من الدين من باب سَلِمَ، ومن معانيه التترية، والتخليص والمباعدة عن الشيء، فالإبراء من الدين مثلاً جعل المدين بريئاً من الدين أو الحق الذي عليه^(١).

واصطلاحاً^(٢): إسقاط شخص ماله من حق قبل شخص آخر كإسقاط الدائن دينه^(٣).

المسألة الثانية: هل الإبراء إسقاط أو تمليك؟

ولقد اختلف الفقهاء في الإبراء هل هو إسقاط أو تمليك؟ على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: أن الإبراء إسقاط، وعليه جمهور الأحناف، وقول

(١) لسان العرب (٢٢/١) ط/ بولاق: مختار الصحاح (ص ٥٤).

(٢) والذي يتبع أغلب كتب الفقه الإسلامي في مختلف المذاهب لا يكاد يعثر على تعريف جامع مانع للإبراء باعتباره تصرفاً من التصرفات التي تصدر من أصحاب الحقوق وذلك قياساً بالأمور الأخرى كالبيع والهبة وغير ذلك غير أنه سيعثر على أمثلة كثيرة من المسائل الفقهية تدخل في الإبراء وتخضع لأحكامه.

(٣) بدائع الصنائع (١١/٦) ط/ دار الكتاب العربي.

للمالكية والشافعية، والمذهب عند الحنابلة^(١).

وقالوا لو كان الإبراء تمليكاً لصح الإبراء من الأعيان.

المذهب الثاني: أن الإبراء تمليك، وهو الراجح عند المالكية، والقول الآخر

للشافعية، والحنابلة^(٢).

وقالوا لو سلمنا أنه إسقاط فكأنه ملكه إياه ثم سقط.

المذهب الثالث: أن الإبراء تمليك من وجه إسقاط من وجه آخر، فإنه

وإن كان تمليكاً من المبرئ فإنه إسقاط عن المبرأ عنه، لأن الإبراء إنما يكون

تمليكاً باعتبار أن الدين مال وهو إنما يكون مالا في حق من له الدين.

وحجتهم قالوا إن الإبراء وإن كان لا يحتاج إلى القبول لأنه إسقاط من

وجه إلا أنه يرد بالرد باعتباره تمليكا من وجه آخر^(٣).

المذهب الرابع: قال الإمام النووي: المختار أن كون الإبراء تمليكا أو

إسقاطاً من المسائل التي لا يطلق فيها ترجيح بل يختلف الراجح بحسب

المسائل لقوة الدليل وضعفه، لأن الإبراء إنما يكون تمليكا باعتبار أن الدين

مال وهو إنما يكون مالا في حق من له الدين فإن أحكام المالية إنما تظهر في

(١) درر الحكام (٦٤/١٢)، بدائع الصنائع (١٢/٦)، الذخيرة (٢٤١/٦)، الفروق

(٢/١١٠، ١١١)، حاشية الدسوقي (٩٩/٤، ٣١٠/٣)، قليوبي وعميرة

(٣٢٦/٢)، مغنى المحتاج (١٧٩/٢)، المغنى (٦٥٨/٥).

(٢) حاشية الدسوقي (٣١٠/٣)، الذخيرة (٢٤١/٦)، قليوبي وعميرة (٣٢٦/٢)،

روضة الطالبين (٢٥٠/٤)، الفروع لابن مفلح (١٩٤/٤).

(٣) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٦٤/١٢)، مغنى المحتاج (٢٠٢/٢).

حقه^(١).

ثم إن هناك من المسائل ما تصلح بالاعتبارين الإسقاط والتملك فمثلاً لو أبرأ الوارث مدين مورثه غير عالم بموته ثم بان ميتا فبالنظر إلى أنه إسقاط يصح وكذا بالنظر إلى كونه تملكاً لأن الوارث لو باع عينا قبل العلم بموت مورثه ثم ظهر موته صح فهنا من باب أولى^(٢).

ومع كونهما يطلقان بالتساوي إلا أنه في بعض المسائل يتعين أحد المعنيين تبعاً للموضوع، فمثلاً الإبراء عن الأعيان^(٣) للتملك لأن الأعيان لا تقبل الإسقاط.

ومثل بعض الحنابلة لما غلب فيه معنى الإسقاط بأنه لو حلف لا يهبه فأبرأه لم يحنث لأن الهبة تملك عين وهذا إسقاط^(٤).

ومع كل هذا فإن الإبراء أقرب إلى التملك منه إلى الإسقاط، ودليل ذلك أن الإبراء لا يرد إلا على الحقوق الثابتة في الذمة وهذه تتمثل في الديون.

ولا يرد على الحقوق غير الثابتة في الذمة مثل حق الملكية للعصمة، وحق

(١) روضة الطالبين (٤/٢٥٠).

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٣٨٤)، قليوبي وعميرة (٢/٣٢٦)، مغنى المحتاج (٢/٣٠٢).

(٣) ذهب الإمام القرافي إلى أن الإبراء لا يكون في الأعيان فلا يصح أبرأتك من دارى التي تحت يدك لأن الإبراء إسقاط، والمعين لا يسقط ولكن تصح فيه الهبة ونحوها، الذخيرة (١١/٤٢).

(٤) كشف القناع (٢/٤٧٧)، الفروع (٤/١٩٤).

ملكية الرقبة، وحق الشفعة، وحق القصاص، وحق الحضانة، وعدم ورود الإبراء على هذه الحقوق - وهي حقوق لا تقبل النقل أى التملك - يُظهر بوضوح أن طبيعة الإبراء الغالب فيها التملك لا الإسقاط.

ثمرة الخلاف:

وتظهر فائدة هذا الخلاف في اشتراط القبول من عدمه في الإبراء، فمن ذهب إلى أن الإبراء إسقاط قال لا يحتاج إلى القبول وذلك لأن الإسقاطات لا تحتاج إلى قبول كالطلاق، والعتق، وإسقاط الشفعة والقصاص، ومن قال إن الإبراء تملك ما في ذمة المدين له، يكون من قبيل الهبة، فحينئذ يحتاج إلى القبول لأن الهبة لا بد فيها من القبول^(١).

ولأن الإنسان لا يجبر على إدخال شيء في ملكه بغير رضاه.

(١) وذهب بعض فقهاء المالكية كالشيخ الدسوقي والشيخ الصاوي إلى أنه ليس المراد بالهبة حقيقتها حتى يحتاج فيها للقبول من المدعى عليه قبل موت الواهب الذي هو المدعى بل المراد الإبراء، وحينئذ لا يحتاج إلى قبول، ولا تجدد حيازة على المعتمد فإذا أبرأت زيدا مما عليه صح وإن لم يقبل، خلافاً للخرشي من أن الإبراء يحتاج لقبول وإن لم يحتج لحيازة والهبة تحتاج لهما معاً. ولعل مرادهما أن هذا خاص بباب الصلح لأنهما خالفاً بذلك المشهور والراجح في مذهب المالكية من احتياج الإبراء إلى القبول لأنه تملك، حاشية الدسوقي (٣/٣١٠)، بلغة السالك (١٤٧/٢).

وقد ذكر الإمام القرافي^(١) أن الإبراء يفتقر إلى القبول أكثر من غيره لأن المنة في الإبراء، وذوو المروءات والأنفات يضر ذلك بهم لاسيما من السفلة، فجعل صاحب الشرع لهم قبول ذلك أو رده، نفيًا للضرر الحاصل من المنة من غير أهلها أو من غير حاجة^(٢).

وقد ذهب بعض فقهاء الشافعية إلى عدم احتياج الإبراء إلى القبول مطلقًا سواء قلنا إنه تمليك أو إسقاط^(٣).

ومن ثمرة الخلاف أيضًا ما صرح به بعض الأحناف فيما لو وكل الدائن

(١) شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي الصنهاجي الحافظ وحيد عصره، وفريد دهره، أخذ عن جمال الدين بن الحاجب، والعز بن عبد السلام، والفاكهاني وغيرهم، له تأليف كثيرة منها، التنقيح في أصول الفقه، والذخيرة، والفروق، والعقد المنظوم، وشرح التهذيب وغير ذلك توفي سنة ٦٨٤ هـ.

شجرة النور (ص ١٨٨)، الديباج (١/٦٣، ٦٤) ط/ بيروت.

(٢) الذخيرة (٦/٢٤١)، الفروق (٢/١١٠، ١١١)، درر الحكام (١٢/٦٤).

(٣) نهاية المحتاج (٤/٣٨٦) ط/ الحلبي، مغنى المحتاج (٢/١٧٩).

ولقد أخذ القانون المصري بهذا فاعتبر الإبراء عملاً قانونيًا يتم بإرادة واحدة هي إرادة الدائن ولذلك فإن الإبراء يعتبر قد تم إذا أصلت إرادة الدائن بعلم المدين ومن وقت هذا العلم دون حاجة إلى قبول من جانب المدين فقد نص في المادة (٣٧١)، من التقنين المدني على أنه ينقضى الالتزام إذا أبرأ الدائن مدينه مختاراً ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ويرتد يردده. النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري د. عبد المنعم البدر اوى (٢/١٤٥).

المدين بإبراء نفسه صح التوكيل نظراً إلى جانب الإسقاط ولو نظرنا إلى جانب التملك لم يصح كما لو وكله بأن يبيع من نفسه^(١).

ولو قلنا إن الإبراء لا يحتاج إلى قبول على القول بأنه إسقاط ومع ذلك فهو يرتد برد المبرأ^(٢).

وذلك لأن الإبراء عن الدين هو من وجه إسقاط ومن وجه تملك فلكونه إسقاطاً لا يحتاج إلى القبول وباعتباره تملكاً يرتد بالرد لأن رد المقر له تكذيب للمقر والكذب غير معدود من الحجج^(٣).

إلا أن الأحناف ذكروا بعض المسائل التي لا يرتد فيها الإبراء بالرد منها:

(١) إذا رد المبرأ الإبراء بعد قبوله إياه أو توفي قبل قبوله أو رده له فلا يرتد الإبراء لأنه قد سقط الحق بقبول الإبراء والساقط لا يعود.

(٢) إذا أبرأ المحال له المحال عليه.

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٣٨٤).

(٢) وهناك فرق بين رد الإبراء وعدم قبول الإبراء عند من يشترط القبول فإذا رد المدين الإبراء فإنه يكون بهذا قد أتى بعمل من أعمال الافتقار وذلك أن ذمته تبرأ من الدين بمجرد وصول الإبراء إلى علمه فإذا رد الإبراء عاد الدين إلى ذمته بعد أن كان قد انقضى ولذلك وجب أن تتوفر فيه أهلية التبرع حتى يستطيع رد الإبراء كذلك يجوز لدائنيه أن يطعنوا في رده للإبراء لأن هذا الرد زاد من التزاماته إذا ما عاد الدين إلى ذمته بعد انقضائه بالإبراء. نظرية الالتزامات (٢/٤١٥، ٤١٦).

(٣) درر الحكام (١٢/٦٤)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٨٩) ط/ الحلبي.

(٣) إذا أبرأ المكفول له الكفيل.

وذلك لأن إبراء كل من المحال عليه والكفيل إسقاط محض وليس فيه تمليك ولا يمكن رد الإسقاط المحض لتلاشى الساقط.

(٤) إذا قال المدين للدائن: أبرئني فأبرأه الدائن ورد المدين الإبراء فلا

يرتد.

(٥) إذا أبرأ الدائن المدين وسكت المدين في مجلس الإبراء ورده في مجلس

آخر فلا يرتد الإبراء.

(٦) إذا أبرأ الدائن المدين المتوفى ورد وارثه الإبراء فلا يرتد الإبراء^(١).

المسألة الثالثة: حكم الإبراء

إن الإبراء من أعمال التبرع والعفو فهو على الإباحة الجارية في معظم

العقود التي يتعامل بها الناس.

ولقد جاء الإسلام والناس يتعاملون بهذه العقود فأقرهم عليها لما فيه من

المنفعة والإحسان ولقد جاءت نصوص الشريعة تدعوا إلى العفو، والصفح،

والتجاوز عن المدين وخصوصاً إذا كان معسراً قال تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ

ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ^ط إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾

[البقرة: ٢٨٠].

والعسرة ضيق الحال من جهة عدم المال، والنظرة بالكسر التأخير،

والميسرة مصدر بمعنى اليسر.

(١) تكملة حاشية ابن عابدين (٢٠/٨) ط/ الحلبي، درر الحكام (٦٥/١٢).

فقد ندب الله تعالى بهذه الألفاظ إلى الصدقة على المعسر، وجعل ذلك خيراً من إنظاره، بل ذهب بعض العلماء إلى أن معنى قوله ﴿وَأَنْ تَصَدَّقُوا﴾ أى على الغنى والفقير خير لكم، والصحيح الأول^(١).

فوضح أن الأصل في الإبراء الإباحة وحكمه الغالب في حق المدين المعسر الندب، وذلك لأن الإبراء يتضمن إسقاط الحق عن المعسر الذي يثقل الدين كاهله.

ولقد حض النبي ﷺ كثيراً من الدائنين بأن يضعوا عن المدينين شيئاً من ديونهم حتى يستطيعوا الوفاء بما بقى كما حدث مع كعب بن مالك عندما تقاضى دينا له على ابن أبي حدرد في المسجد^(٢).

ولأن الإبراء نوع من الإحسان حتى لو كان الإبراء والإسقاط لمن لا يعسر عليه الوفاء فإن ذلك مما يزيد المودة بين الدائن والمدين وهذه أمور مندوب إليها ومرغب فيها.

فإذا لم يكن الأمر كذلك فإن الإبراء تعتريه الأحكام الخمسة، فيكون واجبا وذلك في براءة الاستيفاء فإذا أدى المدين ما عليه من الدين كان واجبا على الدائن أن يبرأه ويعترف له بالبراءة لأن هذا من العدل.

وقد يكون حراما كما لو جاء ضم عقد باطل فإن الإبراء الذي يكون ضمن عقد فاسد يكون فاسدا.

(١) تفسير القرطبي (٢/١٢٩٤).

(٢) سبق تخريج الحديث (ص ٦١).

فمثلاً إذا باع أحد مالا لآخر على كونه ملكاً له وقبض ثمنه وأبرأ المشتري من كافة الدعاوى التي تتعلق بالثمن المذكور وتعاطيا بينهما وثائق على هذا الوجه ثم استحق المبيع، وضبط بعد الحلف والحكم فلا يكون للإبراء تأثير ويسترد المشتري الثمن الذي أعطاه للبائع.

وأيضاً إذا تصالح المدعى والمدعى عليه وأبرأ بعضهما بعضاً ثم ظهر فساد هذا الصلح كأن يكون الصلح قد بنى على إقرار فبان أن هذا الإقرار باطل فلا تأثير للإبراء حينئذ وللمدعى أن يدعى بدعواه^(١).

وقد يكون مكروهاً إذا أبرأ وارثه أو غيره من أكثر من ثلث ماله وذلك في مرض الموت لما في ذلك الإبراء من تضييع حق الورثة في المال^(٢).

المسألة الرابعة: أركان الإبراء

والكلام عن الأركان يختلف باختلاف تعريف الركن، وبناء على هذا الاختلاف فإن الأحناف يخالفون جمهور الفقهاء في ذلك.

فأركان الإبراء عندهم هي الصيغة فقط المشتملة على الإيجاب والقبول، أما العاقدان والمحل فهذه أطراف للعقد والصيغة تشتمل عليهما، أما الجمهور فإن الأركان عندهم هي الصيغة والمبرئ والمبرأ منه وهو محل الإبراء. والصيغة هي مشتملة على الإيجاب والقبول عند من يشترط القبول أو على الإيجاب فقط عند من لا يشترطه.

والإيجاب يحصل بكل لفظ يدل على إسقاط الدائن لحقه والتنازل عنه

(١) درر الحکام (٦٣/١٢)، الفتاوى الكبرى لابن حجر (٥٧/٣).

(٢) درر الحکام (٦٥/١٢، ٦٦).

سواء كان لفظاً صريحاً في الإبراء، أو كناية وقامت القرينة تعضده وتقوي دلالته على الإبراء.

كأن يقول ليس لي عند فلان حق، أو ليس لي عنده دعوى ولا نزاع، أو أبرأت فلانا من حقي، أو جعلت حقي من فلان حلالاً له، أو وهبته حقي^(١).

فلم يحصر الفقهاء الصيغة على لفظ الإبراء وإنما توسعوا في ذلك وأضافوا صيغاً كثيرة تؤدي معنى الإبراء كالإسقاط، والتملك، والترك، والمحو، والوضع، والهبة^(٢) والتصدق والعطية^(٣).

أما المالكية فالظاهر عندهم أنهم يرجعون صيغ الإبراء إلى العرف ويعتدونه الحاكم في كون هذه الصيغ تصلح لأن تكون إبراء عاماً أو لا؟^(٤).

والإحالة إلى العرف في بعض الصيغ وتخصيصها بنوع معين من الإبراء هو اتجاه بعض فقهاء الأحناف كعبارة التخلي عن الحق وعبارة برئت من

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٥٦/١٢).

(٢) وقد ذكر بعض الشافعية أن لفظ الهبة من كنايات الإبراء وليس من لفظه الصريح ويجوز الإبراء بها. مغنى المحتاج (٤٠٠/٢).

(٣) بدائع الصنائع (١١/٦)، درر الحكام (٦١/١٢، ٦٢)، قليوبي وعميرة

(٣٠٨/٢)، نهاية المحتاج (٣٨٥/٤) الحلبي، شرح منتهى الإرادات (٥٢١/٢)

ط/ دار الفكر.

(٤) حاشية الدسوقي (٤١١/٣)، بلغة السالك (١٩٤/٢، ١٩٥).

فلان وغيرها من الصيغ فإن العبرة في كونها للإبراء هو العرف^(١).
ثم إنه يشترط في صيغة الإبراء أن تكون قطعية، وغير مقيدة بكلمة شك،
وغير معلقة، وغير مبنية على مقصد باطل فإذا قال لا حق لي عنده حسب
ظني أو حسب رأيي فلا يكون قد أبرأه فلو ادعى بعد ذلك تسمع دعواه^(٢).
المبرئ:

وهو صاحب الدين، ولأن الإبراء عقد تبرع فيشترط فيه ما يشترط في
عقود التبرعات.

فيشترط في المبرئ أن يكون أهلاً للتبرع لأن الإبراء تبرع لا يملكه من لا
يملك التبرع^(٣).

فلا يجوز إبراء الصبي والمجنون والمعتوه مطلقاً لأن المقصود من أهلية التبرع
سلامته مما يقدح في أهليته فيوجب الحجر عليه من كونه رشيداً غير محجور
عليه لسفه أو جنون، ولا يكون عليه دين مستغرق كل ماله فإذا كان
كذلك فلا يصح الإبراء، ولأن في إبراء الصبي والمجنون ضرراً محضاً لا يقابله

(١) درر الحكام (٩/١٢)، رسائل ابن عابدين (٩٦/٢).

(٢) رسائل ابن نجيم (ص ٣٤٤ ط/بيروت، درر الحكام (٥٦/١٢، ٥٧، ٥٨).

(٣) ولقد أخذ القانون المصري بهذا فجاء في مواده أن الإبراء من أعمال التبرع فتسرى
عليه الأحكام الموضوعية للتبرعات فلا بد من صدوره من الإرادة الخالية من العيوب
ومن شخص تتوافر فيه الأهلية القانونية فيجب أن يكون أهلاً للتبرع. النظرية
العامة للالتزامات (٤١٧/٢).

نفع دنيوي فلا يجوز كالطلاق والعتاق والهبة^(١).

وكذلك لا يصح الإبراء من العبد سواء كان مكاتباً أو غير مكاتب، ولا من ولي اليتيم ولا من ناظر الوقف ونحوهم لأنه تبرع وهؤلاء لا يملكونه^(٢).

ويشترط كذلك أن يكون للمبرئ ولاية على الحق الذي يبرئ منه بأن يكون ملكاً له لأن الإبراء لا يخلو من إسقاط وتمليك، والتمليك لا يصح إلا ممن له ولاية على الحق المبرأ منه، بأن يكون له حق التصرف فيه كأن يكون مالكا له أو وكيلًا عن صاحبه في التصرف وله حق الإبراء.

والعبرة في هذه الولاية بالواقع ونفس الأمر لا بالظن والتخيل، فلو أبرأ عن شيء من مال أبيه ظانا بقاء أبيه حياً فتبين أنه كان ميتاً حين الإبراء صح لأن المبرأ منه كان مملوكاً له حين الإبراء في الواقع^(٣).

المسألة الخامسة: إبراء المريض مرض الموت

سبق أن ذكرنا أن من شروط الإبراء أن يكون للمبرئ أهلية التبرع، والمريض مرض الموت ليست عنه هذه الأهلية وذلك لأن الحق في المال تعلق بورثته إلا أنهم لا يستطيعون التصرف فيه إلا بعد وفاته لتحقيق سبب انتقال الملك لهم فإبراء المريض مرض الموت يعتبر وصية:

فإن كان لأجنبي غير وارث فإنه يعتبر من ثلث ماله فإن زاد على الثلث

(١) بدائع الصنائع (٦/١١٨)، درر الحكم (١٢/١٦، ٦٦، ٦٧)، أحكام

المعاملات الشرعية (ص ٥٠٨).

(٢) كشف القناع (٣/٣٩٢) بيروت.

(٣) بدائع الصنائع (٦/١١٩).

توقف على إجازة الورثة^(١).

وذلك لأنه لا يهتم بالميل للأجنبي وحرمان ورثته فصح إبرأؤه^(٢).
ويستثنى من جواز إبرائه للأجنبي إذا كفل الوارث الأجنبي في دين المريض
فلا يصح إبراء الأجنبي حيث إن براءة الأصل توجب براءة الكفيل^(٣).
وهذا إذا لم تكن التركة مستغرقة بالديون فإن كانت كذلك فلا يصح
إبراءه ولا ينفذ في جميع ماله ولا في ثلثه ما لم يجز الغرماء^(٤).
وإن كان إبراء المريض مرض الموت لوارث فقد اختلف الفقهاء في ذلك
على مذهبين:

المذهب الأول: جمهور الفقهاء من الأحناف، والمالكية، وقول عند
الشافعية والحنابلة قالوا إنه لا يصح.

فإذا أبرأ أحد في مرض موته أحد ورثته من دينه إبراء إسقاط أو إبراء
استيفاء أو أقر أنه أبرأه في حال صحته فلا يكون الإبراء صحيحا ولا نافذا

(١) الذخيرة (٢٦٢/٩).

(٢) تكملة حاشية ابن عابدين (١٧٣/٨)، درر الأحكام (٦٧/١٢)، المدونة
(١١٠/٤)، حاشية الدسوقي (٣٩٨/٣)، بلغة انسائك (١٩٠/٢)، المغنى
(٢١٣/٥).

(٣) درر الأحكام (٦٧/١٢)، المغنى (٢١٣/٤).

(٤) درر الأحكام (٦٧/١٢).

ولو لم تكن التركة مدينة ما لم يجز ذلك باقي الورثة^(١).

حجتهم: قول النبي ﷺ: «لا وصية لوارث ولا إقرار له بدين»^(٢).

ولأن هذا الإبراء موجب لبطلان حق الورثة الآخرين، ثم إنه متهم في إبرائه للوارث وإقراره له والتهمة هي الميل له وقصد حرمان باقي الورثة من حقوقهم^(٣).

(١) ويصحح الإبراء للوارث بما يأتي: [أ] لو أبرأ المريض مرض الموت وارثاً ثم أفاق بعد الإبراء من مرضه فيكون هذا الإبراء صحيحاً وناظراً حيث لم يكن ذلك المرض مرض الموت فلا يكون قد تعلق به حق الورثة. [ب] إذا أبرأ المريض وارثه بقوله ليس لي على هذا شيء، أو ليس لي عليك أي شيء كان الإبراء صحيحاً قضاءً ويخلص من المطالبة وليس للورثة الآخرين المطالبة بشيء وإن لم يخلص ديانة من المطالبة. [ج] إذا لم يكن للمريض الذي أبرأ وارثه وارث غيره فالإبراء صحيح. درر الحكام (٦٦/١٢).

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه والدارمي وقال عنه ابن حجر حسن الإسناد، سنن الدارمي كتاب الوصايا باب الوصية للوارث (٤١٨/٢)، سنن الدارقطني باب الوصايا (١٥٢/٤) "دار المحاسن، تلخيص الحبير (٩٢/٣) ط/بيروت.

(٣) تكملة حاشية ابن عابدين (١٧١/٨)، درر الحكام (٦٥/١٢، ٦٦)، الذخيرة (٢٦٢/٩)، المدونة (١١٠/٤)، حاشية الدسوقي (٣٩٨/٣)، روضة الطالبين (٣٥٣/٤)، المغني (٢١٣/٥).

المذهب الثاني: ذهب الشافعية إلى الجواز^(١) وقالوا يصح قياساً على الأجنبي لأن الظاهر أنه محق لأنه انتهى إلى حالة يصدق فيها الكاذب، ويتوب فيها الفاجر.

ومحل الصحة عندهم ما لم يقصد حرمان باقي الورثة فإن قصد فإنه لا يصح. وأرجح هذه الأقوال هو أنه إن كان متهما لم يقبل إقراره ولا إبراؤه وإلا فيقبل ويجتهد الحاكم في ذلك وهو مذهب الإمام مالك وبعض الشافعية لما فيه من المصلحة والمعروف ويكون توفيقاً وجمعاً بين المذهبين.

ثم هل الاعتبار بكونه وارثاً وقت الموت أو وقت الإبراء بمعنى أنه لو كان وارثاً وقت الإبراء ثم تغير حاله وقت الموت كرجل أبرأ أخاه وكان لا ولد له ثم ولد له ولد لم يصح إبراؤه له وإن أبرأ غير وارث ثم صار وارثاً صح نص على ذلك الإمام أحمد وفيه وجهان للشافعية أشهرهما وأظهرهما وهو الجديد الاعتبار بحال الموت كالوصية وهو قول الحنفية^(٢).

◀ المبرأ:

وهو من عليه الدين، ويشترط أن يكون معلوماً محدداً فلا يصح إبراء مجهول أو غير محدد من كثيرين وذلك لأن في الإبراء تمليكا ويجب أن يكون

(١) والقول بالصحة هو الظاهر والمذهب عند الشافعية كما صرحت به كتبهم

واختار الرويان مذهب مالك وهو أنه إن كان متهما لم يقبل وإلا فيقبل

ويجتهد الحاكم في ذلك. مغنى المحتاج (٢/٢٤٠)، روضة الطالبين (٤/٣٥٣).

(٢) المغنى (٥/٢١٥)، روضة الطالبين (٤/٣٥٣)، تكملة حاشية ابن عابدين

(٨/١٦٥، ١٧٦).

المملك معلوما.

كما أنه لا يصح إقراره ببراءة كل مدين له حتى يعين ويحدد فمثلاً إذا سَلَّم وصى الميت أموال التركة التي تحت يده لولد المتوفى بعد إثبات الرشد وأقر الولد قائلاً قد قبضت جميع تركة والدي، فيكون هذا الإقرار غير صحيح لعدم تضمنه إبراء شخص معين فلذلك لو ادعى ذلك الشخص بعد الإبراء المذكور بحق أو دين فإن دعواه تسمع^(١).

بخلاف ما لو قال أبرأت أهل البلدة الفلانية أو إنني استوفيت ديوني من أهالي هذه البلدة وكان أصحاب البلدة أشخاصاً معينين ومعدودين فيصح إبراءهم^(٢).

وخالف في ذلك بعض الحنابلة ومقابل الأصح عند الشافعية بجواز إبراء المجهول بناء على أن الإبراء إسقاط^(٣).

والراجح الأول لأن الإبراء تمليك والتملك لا يجوز لمبهم: والشارع قد رغب في الإبراء من أجل المودة بين الدائن والمدين فإن هذه الحكمة ترجح أن يكون الإبراء لمعين وليس لمبهم أو مجهول.

(١) رسائل ابن عابدين (١٠٠/٢)، درر الحكام (٦٣/١٢، ٦٤)، حاشية الدسوقي (٤١١/٣)، روضة الطالبين (٢٥٠/٤)، مغنى المحتاج (٢٠٣/٢)، أحكام المعاملات الشرعية (ص ٥٠٨).

(٢) رسائل ابن عابدين (١٠٠/٢)، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ١٨٩) دار صادر، درر الحكام (٦٣/١٢، ٦٤).

(٣) كشف القناع (٤٧٨/٢)، المغنى (١٨٧/٥).

ولا يشترط رضاه بالإبراء كما ذكرنا من قبل ولكن لا يجبر على قبوله فإن رد الإبراء رُدًّا، فإنما يشترط الرضا الضمني وليس اللفظي ولا يشترط أن يكون مقرا بالحق بل يصح مع الإنكار والصلح يجوز مع الإنكار فالإبراء من باب أولى^(١).

◀ المبرأ منه "محل الإبراء":

وهو الذي يقع عليه التنازل من المبرئ.

ويشترط فيه:

- (١) أن يكون حقا للمبرئ بأن تكون له ولاية عليه^(٢).
- (٢) أن يكون حقا من الحقوق التي تقبل الإسقاط كالدين، وحق الشفعة، وحق المسيل المجرد، وخيار الشرط، وخيار العيب، والأجل في الدين، فإذا كان الحق غير قابل للإسقاط فلا حكم للإبراء حينئذ.
- (٣) أن يكون حقا مشروعاً فلو لم يكن مشروعاً لما جاز فيه الإبراء وذلك مثل أن يبرئه من ثمن بيع الخمر^(٣).
- (٤) أن يكون معلوماً وهي المسألة السادسة.

المسألة السادسة "حكم الإبراء من المجهول"

اختلف الفقهاء في الإبراء من المجهول على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: جمهور الفقهاء من الأحناف، والمالكية، والقول القديم

(١) حاشية الدسوقي (٣/٣١٢)، شرح الروض المربع (٢/٢١٧).

(٢) بدائع الصنائع (٦/١١٩).

(٣) درر الحكام (٢/٥٦)، أحكام المعاملات الشرعية (ص ٥٠٨).

عند الشافعية ورواية عند الإمام أحمد^(١).

ان الإبراء من المجهول صحيح والجهالة لا تمنع صحة الإبراء فلا يشترط في الإبراء معرفة قدر المبرأ منه.

المذهب الثاني: مذهب الشافعي في الجديد^(٢) - أنه لا يصح الإبراء من المجهول مطلقاً سواء كان مجهول الجنس أو القدر أو الصفة، وكذلك الجهل في الحلول والتأجيل ومقدار الأجل فإن ذلك كله يؤثر في صحة الإبراء.

المذهب الثالث: رواية عن الحنابلة^(٣) أن الإبراء من المجهول صحيح إذا تعذر الوصول إلى معرفته فإن لم يتعذر ذلك فلا تجوز مع الجهل.

الأدلة:

استدل أصحاب المذهب الأول بما يأتي:

(١) قول النبي ﷺ لرجلين اختصما في مواريث درست: «اقتسما وتوخيا الحق ثم ليحلل كل منكم صاحبه».

وجه الدلالة من الحديث:

أن النبي ﷺ أجاز أن يتنازل كل واحد منهما لصاحبه وليحلله من دينه، وكانت المواريث قد درست فهي مجهولة، فهذا يدل على جواز الإبراء من

(١) حاشية الدسوقي (٣/٣٧٨)، بلغة السالك (٢/١٨٢)، المغني (٥/٦٥٩).

(٢) مغني المحتاج (٢/٢٠٢)، روضة الطالبين (٤/٢٥٠)، قليوبي وعميرة (٢/٣٢٦).

(٣) المغني (٥/٦٥٩)، كشف القناع (٣/٣٩٦).

المجهول^(١).

(٢) ولأن الإبراء في إسقاط فصيح في المجهول كالعتاق والطلاق.

(٣) ولأن الحاجة داعية إلى تبرئة الذمة ولا سبيل إلى العلم، فلو وقفت

صحة الإبراء على العلم لكان ذلك سدًا لباب عفو الإنسان عن أخيه المسلم

وتبرئة ذمته.

بخلاف ما إذا كان المبرأ يعلم الحق ويكتمه خوفاً من أن المبرئ يستكثره

ولا يبرئه فلا تصح البراءة حينئذ لما فيه من الغرر^(٢).

(٤) ولأن الإبراء هبة، وهي جائزة بالمجهول^(٣).

أما أصحاب المذهب الثاني فقد استدلوا بما يأتي:

١ - أن البراءة متوقفة على الرضا ولا يعقل الرضا مع الجهالة^(٤).

٢ - أن الإبراء تمليك المدين لما في ذمته فيشترط علمهما به^(٥).

أما أصحاب المذهب الثالث فأدلتهم هي نفس أدلة المذهب الأول.

الرأي الرابع:

والرابع ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول لقوة أدلتهم، أما أدلة

المذهب الثاني فإنه قد جرى الخلاف في كون الإبراء إسقاطاً أو تمليكاً ولم

(١) المغني (٥/٦٦٠)، كشف القناع (٣/٣٩٦).

(٢) المرجع السابق نفس الجزء والصفحة.

(٣) حاشية الدسوقي (٤/٣٧٨)، بلغة السالك (٢/١٨٢).

(٤) مغني المحتاج (٢/٢٠٢).

(٥) قليوبي وعميرة (٢/٣٢٦).

يتفق على كونه تمليكا.

أما اشتراط الرضا فإن فيه خلاف بين الفقهاء.

وقد استثنى الشافعية صوراً جوزوا فيها الإبراء من المجهول منها:

(١) الإبراء من الدية المجهولة:

حيث قالوا والإبراء من المجهول باطل في الجديد إلا من إبل الدية فيصح الإبراء منها على القولين بأن الإبراء إسقاط أو تمليك وإن كانت مجهولة الصفة لأنه اغتفر ذلك في إثباتها في ذمة الجاني فيغتفر في الإبراء تبعاً له، وكذلك الأرش والحكومة^(١).

(٢) أن يبرأه عما يتأكد أنه أزيد مما له عليه وهو طريق الإبراء من المجهول، وذلك كمن لا يعلم هل له عليه خمسة أو عشرة فيبرأه من خمسة عشر مثلاً فيصح الإبراء^(٢).

(٣) لو أبرأ إنساناً مما عليه بعد موته فيصح مع الجهل لأنه يجري مجرى الوصية، ويستفيد كل الورثة من هذا الإبراء^(٣).

(٤) ومن صور الإبراء من المجهول الإبراء من أحد الدينين فإنه يصح ويطالب بالبيان كما في الطلاق لإحدى زوجتيه^(٤).

(١) مغنى المحتاج (٣٠٢/٢)، قليوبي وعميرة (٣٢٧/٢)، روضة الطالبين (٢٥٢، ٢٥١/٤).

(٢) المراجع السابقة نفس الجزء والصفحة.

(٣) درر الحكام شرح ملة الأحكام (٦٥/١٢).

(٤) كشف القناع (٢٥٦/٤)، الفروع (١٩٣/٤).

(ب) موضوع الإبراء:

أن يكون الحق ديناً في الذمة:

الأصل في تشريع الإبراء أن يكون عن دين في الذمة لأن الإبراء معناه إسقاط دين في ذمة آخر فالأصل أن الإبراء يكون في الديون ولا خلاف في جواز الإبراء من الدين بين الفقهاء، قال تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ ذُو غُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢٨٠].

أما الأعيان فالجمهور من الفقهاء لا يجيزون الإبراء من المعين لأن الإبراء إسقاط والأعيان لا تسقط^(١).

خلافاً لبعض الفقهاء من المالكية والأحناف الذين يجيزون الإبراء عن العين ويكون المراد بذلك الإبراء سقوط الطلب بقيمتها^(٢) وبعض الأحناف قالوا إذا كان هذا الإبراء على وجه الإخبار فصحيح، أو جاء الإبراء ضمن إبراء عام أو ضمن عقد آخر فإنه يصح^(٣).

(١) رسائل ابن عابدين (٨٧/٢)، بدائع الصنائع (١٢٠/٦)، مواهب الجليل

(٢٣٢/٥)، الذخيرة (٤٢/١١)، تكملة حاشية ابن عابدين (٢٣١/٨)، روضة

الطالبين (١٩٣/٤)، كشاف القناع (٣٩٦/٣، ٣٩٧).

(٢) حاشية الدسوقي (٤١١/٣)، مواهب الجليل (٢٣٢/٥).

(٣) درر الحكام (٥٦/١٢، ٦١)، رسائل ابن عابدين (٨٧/٢).

أن يكون موضع الإبراء حقاً من الحقوق^(١) التي تقبل الإسقاط والحق القابل للإسقاط هو الدين، وحق الشفعة، وحق المسيل، وخيار الشرط، وخيار العيب بعد رؤية المبيع، والأجل في الدين فإذا كان الحق غير قابل للإسقاط فلا حكم للإبراء منه فمثلاً يحق الرجوع عن الهبة قبل علم الموهوب له، وكذا الإبراء من خيار الرؤية قبل رؤية المبيع فهذه وغيرها غير قابلة للإسقاط فلا يجوز الإبراء فيها. وكذلك لو أبطل الوارث حقه في الميراث فلا يبطل^(٢).

(ج) شروط الإبراء ذاته:

(١) عدم منافاة الإبراء للشرع:

(١) الحق قد يكون حقاً خالصاً لله وقد يكون حقاً خالصاً للعبد وقد يكون مشتركاً بينهما والمغلب فيه حق الله أو المغلب فيه حق العبد وذلك كالقذف والقصاص والسرقه والتعزير فإن كان الحق خالصاً لله - عز وجل - كحد الزنى فلا يصح الإبراء عنه لأن المبرئ لا يملك هذا الحق.

أما الحقوق الخالصة للعبد كالكفالة والحوالة والديون والقرض والودائع والرهن فإن الإبراء عنها صحيح بالاتفاق بين الفقهاء إذا توفرت الشروط والضوابط اللازمة للإبراء عنها أما الحقوق المشتركة فإنه بحسب المغلب فيها فإن غلب فيها حق الله فلا يجوز الإبراء عنها وإن غلب فيها حق العبد فيجوز الإبراء عنها. الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٣١٧) بيروت.

(٢) درر الحكام (١٢/٥٧، ٥٨)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٣٤٧) ط/

يشترط لصحة الإبراء أن يحصل بصورة مشروعة فلا يترتب عليه تغيير أحكام الشرع.

فلو أبرأه عن طريق الرشوة فلا يصح الإبراء، ولا يصح إبراء الوارث مورثه من حق الإرث لأن معنى هذا أن تبقى التركة بلا مالك ولا يدخل في ملك الإنسان شيء بغير اختياره إلا الإرث اتفاقاً والوصية إذا قيل إنها تملك بالموت لا بالقبول^(١).

وكذلك لا يصح الإبراء من شرط التقابض في الصرف، وكذلك الإبراء من حق السكنى في بيت العدة، وحق الولاية على الصغير لأن كل ما يؤدي إلى تغيير المشروع باطل^(٢).

وكذلك لا يصح الإبراء إذا أدى إلى ضياع حق الغير كالإبراء الذي يصدر من الأم المطلقة عن حق الحضانة لأنه حق الصغير^(٣).

(٢) سبق الملك:

ولقد تحدثنا عن هذا الشرط عند الكلام على شروط المبرأ منه وعبارات

(١) تكملة حاشية ابن عابدين (٥٠٨/٨)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٣٤) بيروت، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٣٤٣) الحلبي، درر الحكم (٥٨/١٢).

(٢) المجموع (١٠٠/١٠) ط/ الإمام، الهداية (٨٢/٣) ط/ الحلبي، حاشية الدسوقي (١١٠/٤).

(٣) المغني (٧٣/٧) ط/ مكتبة زهران، حاشية الدسوقي (٣٥٠/٢) ط/ دار الفكر.

الفقهاء تدل على ذلك فإن ابن مفلح^(١) قال عقب حديث «لا طلاق ولا عتق فيما لا يملك»^(٢) والإبراء في معناهما^(٣).

والمالكية صرحوا بعدم صحة الهبة وسائر التبرعات في مال غيره فيدل على أنه يشترط عندهم سبق ملك المبرئ لما أبرأ منه^(٤).

المسألة السابعة: الإبراء بعد سقوط الحق أو دفعه

وهذا هو القسم الثاني من أقسام الإبراء وهو إبراء الاستيفاء وهو عبارة عن اعتراف أحد المتنازعين بقبض واستيفاء حقه الذي هو في ذمة الآخر وهو نوع من الإقرار.

فلو قال قد أخذت مطلوبي الألف درهم من فلان أو قال قد أبرأته من

(١) إبراهيم بن محمد بن مفلح الدمشقي أبو إسحاق برهان الدين، شيخ الحنابلة في عصره من كتبه طبقات أصحاب الإمام أحمد وكتاب الملائكة وشرح المقنع، وكتاب الفروع والآداب الشرعية ولد سنة ٧٤٩ هـ وتوفي سنة ٨٠٣ هـ. الأعلام (٦٤/١) بيروت.

(٢) أخرجه أبو داود والترمذي وصححه الحاكم وقال صحيح على شرط البخاري ومسلم ولم يخرجاه، سنن أبي داود كتاب الطلاق باب في الطلاق قبل النكاح (٢٥٨/٢) ط/ إحياء التراث العربي، والترمذي بلفظ مختلف وقال حديث حسن صحيح بهذا اللفظ كتاب الطلاق باب ما جاء لا طلاق قبل نكاح (٣٢٦/٢) ط/ المكتبة السلفية، والحاكم في المستدرک (٤١٩/٢، ٤٢٠) دار الكتب العلمية.

(٣) الفروع لابن مفلح (١٩٥/٤).

(٤) حاشية الدسوقي (٨٩/٤)، رسائل ابن عابدين (٩٢/٢) ط/ بيروت.

ذلك المبلغ يكون قد أقر بعدم وجوب مطالبته بحقه من ذلك الشخص لأن الساقط براءة الاستيفاء المطالبة لا أصل الدين^(١).

والفرق بين براءة الاستيفاء وبراءة الإسقاط فيما يأتي:

(١) أن ألفاظ براءة الاستيفاء تختلف عن ألفاظ براءة الإسقاط.

(٢) أن براءة الإسقاط إنشاء فلا تسمع فيها دعوى الكذب أما براءة الاستيفاء فإنها إخبار فتسمع فيها دعوى الكذب.

ويحلف المقر له على عدم كون المقر كاذباً، ومحل الحلف قبل لحوق الحكم على المقر عليه، أما بعد لحوق الحكم فلا يقبل ادعاء ولا يجزى تحليف^(٢).

(٣) براءة الاستيفاء أقل وبراءة الإسقاط أكثر^(٣).

ثمرة التفرقة بين براءة الاستيفاء وبراءة الإسقاط وتظهر هذه الفائدة فيما إذا أبرأ الدائن المدين بعد ايفائه الدين فلو أبرأه براءة إسقاط فللمدين استرداد الدين الذي دفعه وإن أبرأه براءة استيفاء فليس له استرداده^(٤).

فلو أبرأه وأطلق فلم يسمى براءة إسقاط أو استيفاء فإنها تحمل على براءة

(١) درر الحكام (٩/١٢)، حاشية ابن عابدين (١٥٦/٥)، مغنى المحتاج (٢٤٣/٢)،

(٢٥٦)، تكملة حاشية ابن عابدين (٥٠٢/٨).

(٢) تكملة حاشية ابن عابدين (١٩٨/٨)، درر الحكام (١٠٦/١٢).

(٣) درر الحكام (٩/١٢)، حاشية ابن عابدين (١٥٧/٥)، حاشية الدسوقي

(٤١١/٣)، مواهب الجليل للحطاب (٢٣٥/٥، ٢٣٦).

(٤) درر الحكام (٩/١٢)، تكملة حاشية ابن عابدين (٥٠٢/٨).

الاستيفاء والقبض، في الظاهر من القولين وذلك لأن براءة الاستيفاء أقل والأقل يكون متيقنا والأكثر مشكوكا فيه فيجب حمله على المتيقن.

وأيضاً لأن وقوع الإبراء بعد القبض قرينه على أن المراد به براءة القبض إلا أن يظهر بقرينه حاله إرادة معنى الإسقاط.

فإن قلنا إنها عند الإطلاق تحمل على براءة الاستيفاء فلا رجوع على المبرئ بما أداه إليه.

فإذا علق طلاقها بإبرائها له عن المهر ثم دفعه لها فلا يبطل التعليق فإذا أبرأته براءة إسقاط وقع عليها الطلاق لأن له الرجوع عليها بما أداه بخلاف ما إذا أبرأته براءة استيفاء أو أطلقت البراءة على القول الظاهر.

أما القول الثاني فإنها تحمل على براءة الإسقاط لأنه المناسب للإطلاق أي أن للمبرأ الرجوع على المبرئ بما أداه إليه^(١).

(د) أنواع الإبراء:

الإبراء نوعان إبراء عام وإبراء خاص:

أما الإبراء العام: فهو الإبراء من كافة الدعاوى والحقوق.

وهو إما أن يشمل جميع الحقوق، كأن يقول لا حق لي قبل فلان فيوجب ذلك البراءة من الأمانات والمضمونات، والبراءة من كل عين ودين وكذلك لا دعوى لي عليه أو لا تعليق لي عليه، أو لا استحق عليه شيئاً كان

(١) حاشية ابن عابدين (١٥٧/٥)، رسائل ابن عابدين (١٠٤/٢) وما بعدها،

رسائل ابن نجيم (ص ٣٤١) وما بعدها درر الحكام (٩/١٢).

ذلك عن طريق الإخبار أو عن طريق الإنشاء^(١).

وكذلك إذا أقر أنه لا حق لي قبل فلان، فليس له أن يدعى عليه حدًا ولا قصاصًا ولا إرثًا ولا كفالة بنفس ولا مال، ولا وديعة، ولا دينًا، ولا عارية، ولا مضاربة ولا شركة، ولا شيئًا من الأشياء ما لم يكن قد حدث بعد الإبراء^(٢).

وإما أن يشمل الإبراء العام نوعًا من أنواع الحقوق.

فمثلاً لو قال قد أبرأت فلانا من جميع الديون التي لي في ذمته فليس له بعد ذلك الادعاء عليه بدين، ولكن لا يمنعه ذلك من أن يدعى عليه عينا كالأمانة والغصب^(٣).

أما الإبراء الخاص:

فهو الذي يكون خاصاً بنوع معين من الحقوق.

وهذا الإبراء إما أن يكون عن دعوى المال، أو عن ذات المال فإن كان عن دعوى المال فهو إبراء من دعوى متعلقة بخصوص ما كدعوى الدار أو دعوى دين من جهة من الجهات كالقرض، فإذا قال أبرأتك من الدعوى المتعلقة بالدار الفلانية كان ذلك إبراءً خاصاً من تلك الدعوى وليس له بعد

(١) رسائل ابن عابدين (١٠٥/٢).

(٢) رسائل ابن عابدين (١٠٥/٢)، رسائل ابن نجيم (ص ٣٤١)، درر الحكم

(١٢/١١، ١٢)، مواهب الجليل (٢٣٢/٥)، حاشية الدسوقي (٤١١/٣).

(٣) تكملة حاشية ابن عابدين (٢٠٤/٨).

ذلك الادعاء بتلك الدار إلا أن له حق الادعاء بدار أخرى أو بدين، فإن حكم هذا الإبراء الخاص أنه يختص بمحله.

أما الإبراء عن ذات المال المخصوص فإن له صوراً منها.

(١) إبراء خاص بدين خاص أو بدين عام.

كقوله أبرأت زيدا من دين كذا، فهذا الإبراء يكون خاصاً بالدين الذي يكون من تلك الجهة.

أو يقول أبرأت زيدا مما لي عليه فيبرأ زيد من كل دين عليه إلا أنه لا يبرء من العين.

(٢) إبراء خاص بعين خاصة كأبرأتك من هذه الدار أو بكل عين^(١).

(٣) وقد يكون الإبراء خاصاً بحق مخصوص كالإبراء من حق الشفعة مثلاً

وليس للمبرئ بعد الإبراء الادعاء بالشفعة في ذلك العقار إلا أن له حق الادعاء بالشفعة في عقار آخر أو يدعى حقاً آخر.

(٤) وقد يكن الإبراء خاصاً بالأمانات دون المضمونات^(٢).

(١) وقد سبق الكلام على أن الإبراء من نفس العين غير صحيح وللمدعى أن يدعى على من أبرأه، وإنما يكون الإبراء عنها صحيحاً إذا كان المقصود به الإبراء عن ضمانها إذا تلفت مواهب الجليل (٢٣٢/٥)، درر الحكم (١١/١٢).

(٢) يراجع في ذلك: رسائل ابن عابدين (١٠٥/٢)، رسائل ابن نجيم (ص ٣٤٠،

٣٤٢)، درر الحكم (١١/١٢، ٦١)، تكملة حاشية ابن عابدين (٢٠٣/٨،

٢٠٤)، مواهب الجليل (٢٣٢/٥)، الفقه الإسلامي وأدلته (٣٤٣/٥).

المسألة الثامنة: شمول الإبراء للزمان والمقدار، وسريانه من حيث الأشخاص

إذا أبرأ أحد آخر فإن حقوقه التي قبل الإبراء تسقط أما حقوقه الحادثة بعد الإبراء فله الادعاء بها فلا يشمل الإبراء ما بعده من الحقوق الحادثة بعد الإبراء وإنما يشمل الحقوق التي قبله.

ويشمل الإبراء كذلك الحقوق التي في وقته.

فلو ادعى على آخر بألف درهم وأثبت دعواه فقال المدعى عليه أبرأتني من الألف المذكورة وأثبت ذلك فيبحث عن تاريخ الدين والإبراء، فإذا كان تاريخ الإبراء متأخراً عن تاريخ الدين يُحكم بالإبراء، وإن وجد أن تاريخ الدين متأخر عن تاريخ الإبراء يحكم بالدين فإن البراءة السابقة لا تعمل في الدين اللاحق^(١).

وعند المالكية فيه ثلاثة أقوال أحدهم: أن القول قول المطلوب مع يمينه وهو المشهور في المذهب والأظهر من الأقوال^(٢).
والثاني أن القول قول الطالب مع يمينه^(٣).

والثالث^(٤) فرق بين أن يأتي المطلوب ببراءة واحدة تستغرق جميع العدد فيكون القول قول المطلوب أو يأتي ببراءات متفرقة إذا جمعت كانت مثل

(١) الفتاوى الخانية على الفتاوى الهندية (١٤٠/٣).

(٢) وهو قول ابن القاسم في المدونة وابن وهب وغيرهما.

(٣) وهو قول ابن نافع واستظهره ابن رشد.

(٤) وهو قول سحنون.

الحق أو أكثر أو أقل فلا يرى قال ابن رشد وهذه تفرقة ضعيفة لا وجه لها. ومحل ذلك إذا كانت بينهما مخالطة أما إذا لم يكن بينهما مخالطة فالقول قول المطلوب قولاً واحداً قاله ابن رشد^(١).

فإذا وجد تاريخهما مساوياً أو لم يبين تاريخهما أو بين تاريخ الدين ولم يبين تاريخ الإبراء أو العكس ففي هذه الصور يُحكم بالإبراء ولا يأخذ المدعى من المدعى عليه شيئاً^(٢).

وهو قول ابن رشد ولم يحك فيه خلافاً، وإنما حكى الخلاف في وجوب اليمين عليه وجريانه على الخلاف في يمين التهمة^(٣).

وذلك لأن الحق المدعى به في هذه الصور يحتمل أن يكون ثابتاً قبل الإبراء ثم سقط بالإبراء، ويحتمل أن يكون ثابتاً بعد الإبراء فلم يسقط فيحصل حينئذ الشك والحكم بالشك غير جائز^(٤).

أما شموله من حيث المقدار فإنه لا تقبل دعوى المبرئ أن الإبراء إنما كان مما وقعت فيه الخصومة فقط فإذا قال ليس قصدي عموم الإبراء بل تعلقه

(١) مواهب الجليل (٢٣٧/٥، ٢٣٨)، حاشية الدسوقي (٤١١/٣).

(٢) درر الحكم (٦٠/١٢).

(٣) مواهب (٢٣٨/٥).

(٤) درر الحكم (٥٩/١٢، ٦٠)، تكملة حاشية ابن عابدين (٢٠٥/٨)، رسائل

ابن عابدين (١٠٧/٢)، مواهب الجليل (٢٣٧/٥)، حاشية الدسوقي

(٤١١/٣).

بشيء خاص فإن قوله هذا لا يقبل منه^(١).

وقال الحنابلة: يقبل إدعاؤه استثناءً بعض الدين بقلبه ولخصمه تحليفه^(٢).

أما سريانه من حيث الأشخاص فمعناه أن الإبراء لا يقتصر على المبرأ والمبرئ فقط بل يسرى هذا الحكم فيشمل غيرهما.

فإذا أبرأ البائع المشتري من بعض الثمن فهل يستفيد الشفيع من ذلك الإبراء اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين:

المذهب الأول: الأحناف، وقول عند الإمام مالك إلى أن الشفيع يستفيد من هذا الإبراء ويُحطّ عنه مثل ما حُطّ عن المشتري^(٣).
وقيد المالكية ذلك بقيدين هما:

(أ) إذا جرت العادة بحطية ذلك القدر من الثمن بين الناس.

(ب) أو أشبه الباقي بعد الحط من الثمن بأن كان الباقي بعد الحط يصلح

أن يكون ثمنًا للمبيع، فإذا لم يتحقق هذين القيدين فلا يُحطّ عن الشفيع شيء وهو القول الثاني للمالكية.

المذهب الثاني: الشافعية، والحنابلة ذهبوا إلى أن الشفيع لا يستفيد مما

حطه البائع عن المشتري.

(١) المواهب (٣٣١/٥)، حاشية الدسوقي (٤١١/٣).

(٢) الفروع (١٩٨/٤).

(٣) بدائع الصنائع (٣١/٥)، حاشية رد المحتار على الدر المختار (١٥٧/٤)، التاج

والإكليل على المواهب (٣٣١/٥)، حاشية الدسوقي (٤٩٥/٣)، بلغة السالك

(٢٣٦/٢).

وليس للشفيع إلا أن يأخذ بكامل الثمن أو يترك^(١).
وكذلك إبراء الأصيل في الكفالة فإنه يصح ويستفيد منه الكفيل فيبرأ بإبراء الأصيل بخلاف إبراء الكفيل فلا يبرئ المكفول عنه^(٢).
وإذا أبرأ المضمون عنه برئت ذمة الضامن.
قال في المغنى: لا نعلم فيه خلافاً لأنه تبع ولأنه وثيقة فإذا برئ الأصيل زالت الوثيقة.
فإذا أبرأ صاحب الدين الضامن لم تبرأ ذمة المضمون عنه لأنه الأصل فلا يبرأ بإبراء التبع^(٣).
وهذا إذا أبرأه من الضمان أما إن أبرأه من الدين فقال بعض الشافعية ينبغي براءة الأصيل لأن الدين واحد وإنما تعددت محاله.
وكذلك إن تكرر الكفلاء وتتابعوا فإن إبراء غير الأصيل من الملتزمين يستفيد منه من بعده لأنهم فرعه^(٤).

(١) مغنى المحتاج (٣٠١/٢، ٣٠٢)، شرح منتهى الإرادات (٤٤٦/٢)، المغنى (٣١٦، ٣١٥/٥).

(٢) المغنى (٦٢٣/٤، ٦٢٤).

(٣) المغنى (٦٠٥/٤)، فتاوى الشيخ الرملى على الفتاوى الكبرى لابن حجر (١٩٩/٢)، ط/المشهد الحسينى، قليوبى وعميرة (٣٠/٤).

(٤) وكذلك ينتهى التراجع في كل من الكفالة والضمان بموت المكفول أو المضمون أو هلاكه لأنها تسقط بذلك ولا يلزم الكفيل شيء وهذا عند جمهور الفقهاء

المسألة التاسعة:

(هـ) تعليق^(١) الإبراء وتقييده، وإضافته^(٢).

وذلك لأن الحضور سقط عن المكفول به فبرئ الكفيل كما لو برئ من الدين، ولأن ما التزمه من أجله سقط عن الإصل فبرئ الفرع. وكذلك ينتهى النزاع بما إذا قال المكفول له للكفيل أبرأتك من الكفالة لأنه حقه. فإذا قال الكفيل قد برئ المكفول به من الدين وسقطت الكفالة، أو قال لم يكن عليه دين حين كفلته فأنكر المكفول له فالقول قوله لأن الأصل صحة الكفالة وبقاء الدين وعليه اليمين فإن نكل قضى عليه. وكذلك ينتهى النزاع بأداء المكفول والمضمون ما عليه من الدين للمكفول له. وذلك لأن حق المطالبة للتوصل إلى الأداء فإذا وجد فقد حصل المقصود فينتهى حكم العقد.

وكذا إذا وهب الطالب المال من الكفيل أو من الأصيل لأن الهبة بمرتبة الأداء. وكذا إذا تصدق به على الكفيل أو على الأصيل لأن الصدقة تملك كالهبة فكان هو وأداء المال سواء. بدائع الصنائع (١١/٦، ١٢)، مغنى المحتاج (٢/٢٠٢، ٢٠٣)، المغنى (٤/٦٠٥، ٦٢٣، ٦٢٤).

(١) والتعليق: ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى، أو توقف حصول الشيء على حصول شيء آخر (حاشية ابن عابدين ٣/٣٤١) فهو مانع من الاعتقاد ما لم يحصل الشرط.

(٢) والتقييد التزام ما لم يوجد في أمر لم يوجد بصيغة مخصوصة فلا صلة له بالانعقاد بل هو لتعديل آثار العقد الأصلية ويسمى الاقتران بالشرط، العلاقة بين التعليق والتقييد، وهما متقاربان حتى أن بعض العلماء لم يفرق بينهما من حيث النتيجة العملية وهي ترتيب الأحكام والآثار وإن كان ثمة اختلاف بينهما في الصورة والشكل فقول المبرئ أبرأتك من دينك على أن توفيني جزء

من حقى كقوله إن وفيتنى جزءاً من حقى أبرأتك من باقيه من حيث ترتيب الآثار عليهما. وقد ذكر بعض العلماء فرقا بينهما:

فقد ذكر الإمام السيوطى فرقا بينهما فقال قال البلقينى إن التعليق داخل على أصل الفعل فهو مانع من الانعقاد ما لم يحصل الشرط ويكون بأداة من أدوات الشرط كإن وإذا، بخلاف التقييد فإنه مجزوم فيه بالعقد ولكن شرط فيه أمر آخر لتعديل آثاره (الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٠٤ ط/ الحلبي) وذكر البابر تى ضابطا للفرقة من حيث اللفظ والمعنى أما من جهة اللفظ فإن التقييد بالشرط لا تظهر فيه صورة الشرط فلا تأتي فيه أداة الشرط بخلاف التعليق فتستعمل فيه أداة الشرط، أما من حيث المعنى ففي التقييد بالشرط الحكم ثابت في الحال مع احتمال الزوال إن لم يوجد الشرط، وفي التعليق الحكم غير ثابت في الحال مع احتمال الثبوت عند وجود الشرط (العناية على الهداية ٤٤/٧، ٤٥) وقال الكاسانى التعليق هو تعليق العقد والتقييد هو تعليق الفسخ بالشرط (بدائع الصنائع ٤٤/٦ ط/ بيروت).

والإضافة ميل الشيء إلى الشيء وإضافته له أو هي نسبة بين شيئين يقتضى وجود أحدهما وجود الآخر (التعريفات للجرجاني ص ٢٨) والعقد المضاف ما أفادت صيغته وجود العقد في الحال مع إضافة الإيجاب إلى الزمن المستقبل، ولم يقصد بالعقد الوصول إلى حكمه إلا في الزمن الذي أضيف إليه مستقبلاً فهي تؤدي إلى تأخير الحكم المسبب إلى وجود الوقت المعين الذي هو كائن لا محالة (تيسير التحرير ١/١٢٩).

وبالإضافة لا يخرج المضاف عن السببية لكنها تؤخر حكم هذا السبب بخلاف التعليق فمثلاً قول القائل أنت طالق غداً ينعقد في الحال سبباً مفضياً إلى حكمه وهو الطلاق ولكن آثار هذا الحكم تتأخر إلى مجيء الوقت المضاف إليه وهو الغد (العناية على

تعليق الإبراء على شرط:

الشرط المعلق عليه قد يكون كائناً لا محالة فهذا التعليق في حكم التنجيز مثلاً لو قال لمدينه إن كانت الشمس طالعة فأنت برئ فإنه يبرأ لأن التعليق به تنجيز.

فإن كان الشرط المعلق عليه ملائماً لمعنى الإبراء^(١) كقوله إن كان لي عليك دين فأنت برئ فهذا جائز اتفاقاً^(٢).

أما تعليق الإبراء بغير ذلك فقد اختلف الفقهاء فيه على ثلاثة مذاهب: المذهب الأول: عدم الجواز وهو مذهب الأحناف، والشافعية، ورواية عن الإمام أحمد^(٣).

فإنهم قالوا إن العقود التي تبطل بالشروط الفاسدة لا يصح تعليقها بالشرط كالبيع والقسمة، والإجارة، والرجعة، والصلح على مال، والإبراء

=

الهداية ٤٤/٧ ط/ بولاق) ثم إن الإضافة تكون على شيء محقق لا ريب فيه بخلاف التعليق والتقييد فإنهما يكونان على أمر محتمل وقوعه.

(١) أما الشرط الغير ملائم كقوله إن هبت الريح أو نزل المطر فأنت برئ من الدين فلا يجوز الإبراء عند ذلك.

(٢) الفروع لابن مفلح (٤/١٩٤)، الالتزامات للحطاب على فتاوى الشيخ عlish (٣٣٥/١).

(٣) بدائع الصنائع (٤٤/٦، ٥٠)، تكملة رد المختار (٢٥٥/٨)، درر الحكام

(٥٩/١٢)، رد المختار (٢٤٠/٥) ط/ الحلبي، البحر الرائق (١٩٤/٦)، ط/ دار

المعرفة بيروت، الأشباه والنظائر للسيوطي (ص ٤٠٤)، المغني (٦٥٨/٥)، الكافي

(١٢٧/٢) ط/ المكتب الإسلامي، كشف القناع (٣٩١/٣) ط/ بيروت.

من الدين والحاصل أن ما كان من قبيل التمليكات أو التقييدات لا يصح تعليقه ومن ذلك الإبراء والإقرار^(١).

وحجة هذا الفريق:

أن التعليق يناهى المقصود الشرعي من هذه العقود المفيدة للتمليك لأن التعليق يرتب وجود العقد على أمر غير موجود في الحال ولكنه محتمل الوجود في المستقبل فكان إنشاء العقد المعلق احتمالياً يحتمل الوجود ويحتمل العدم وكلاهما متوقف على ما يتكشف في المستقبل، وهذه العقود يجب أن تكون جازمة، ولأن تعليق التملك يؤدي إلى الغرر والمخاطرة بخلاف الإسقاطات فإنه تقبل التعليق وذلك لعدم الغرر وانتفاء الضرر في تعليقها^(٢).

المذهب الثاني: أن التعليق بالشرط المتعارف عليه جائز أما الشرط الغير متعارف عليه فهو غير جائز وهو قول بعض الأحناف^(٣) ويقصدون بالمتعارف عليه الذي جرى به عرف الناس فإن جرت عادة باشتراط هذا الشرط جاز وإلا فلا يجوز.

المذهب الثالث: الجواز مطلقاً، وهو مذهب المالكية، ورواية عن الإمام أحمد^(٤).

(١) شرح فتح القدير (٤٤٧/٦) ط/ دار الفكر، رد المختار (٢٤٠/٥) ط/ الحلبي.

(٢) بدائع الصنائع (٤٤/٦)، رد المختار (٢٤٠/٥).

(٣) تكملة رد المختار (٢٥٥/٨).

(٤) حاشية الدسوقي (٩٩/٤)، بلغة السالك (٣١٣/٢)، الفروق للقرافي

(١/٢٢٨، ٢٢٩)، إعلام الموقعين (٥/٤) ط/ دار الحديث.

حجة هذا الفريق:

أن الإبراء فيه معنى الإسقاط، والإسقاط يصح تعليقه بالشرط لانتفاء الغرر فيه.

الرأي الراجح: ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول من عدم جواز تعليق الإبراء على الشرط لأن الإبراء قد ترجح فيه معنى التملك، والتمليك ينافي التعليق لأن مقتضى التملك حصول أثر العقد في الحال والتعليق على الشرط بخلاف ذلك (والله أعلم).

تقييد الإبراء بالشرط:

يكون الإبراء مقيداً بالشرط ويقال له إبراء معلق على معنى الشرط، والإبراء يقبل التقييد بالشرط.

ومحل الجواز إذا كان الشرط صحيحاً فإن كان الشرط غير صحيح فلا يجوز التقييد به.

وصور التقييد بالشرط منها:

(١) لو قال الدائن لمدينه أعطني غدا نصف الدين الذي عليك على أن تكون بريئاً من النصف الآخر فأعطى فإنه يبرأ من النصف الآخر فإذا لم يؤد فلا يبرأ وللدائن مطالبته بالكل.

(٢) لو قال الدائن للمدين إذا لم تؤد غدا نصف الدين تكون مدينا بكل الدين وصالحتك على نصفه فإن أدى النصف يبرأ من باقى الدين وإن لم يؤد يبقى مدينا بالكل لأن الدائن قيد الإبراء بقيد صحيح.

(٣) لو قال أبرأتك من نصف الدين على أن تؤدى النصف الآخر غدا يحصل الإبراء في الحال في النصف سواء أدى المدين النصف الآخر غداً أو لم يؤد لأنه قد ذكر البراءة في ابتداء كلامه مطلقاً ثم أتى ذكر الأداء ولما كان

الأداء غير صالح لأن يكون عوضاً فلم يبق احتمال على أن يكون الأداء شرطاً ومع ذلك فإن ذكر الأداء بعد الإبراء جعله مشكوكاً فيه بأن يكون شرطاً فعلى ذلك أصبح كون الأداء شرطاً غير متحقق وبقيت البراءة على الإطلاق فأصبح الأداء وعدمه غير مقيد في الإبراء.

(٤) أن يقول الدائن أعطني نصف ديني على أن تكون بريئاً من النصف الآخر ولما لم يذكر وقتاً لأداء النصف، أصبح الإبراء في النص صحيحاً وكان هذا الإبراء إبراءً مطلقاً لأنه لم يتعين وقت لأداء النصف وكان الأداء واجباً على المدين في مطلق الأزمان فأصبح شرط الأداء ليس بغرض صحيح، ولا يتقيد الإبراء به فحمل على المعاوضة، ولا يصلح عوضاً^(١).
إضافة الإبراء^(٢):

أما إضافة الإبراء إلى زمن مستقبل، فإنه إما أن يضاف الإبراء إلى ما بعد

(١) بدائع الصنائع (٤٤/٦، ٤٥)، درر الحكام (٥٨/١٢، ٥٩)، تكملة رد المحتار (٢٥٤/٨)، حاشية الدسوقي (٣٠٧/٢)، نهاية المحتاج (٣٨٦/٤) ط/ الحلبي، قليوبي وعميرة (٢٩٢/٢)، الالتزامات للحطاب على فتاوى الشيخ عlish (٣٣٥/١)، المغني (٥٣٣/٤)، الفقه الإسلامي وأدلته (٣٣٦/٥).

(٢) والمقصود بإضافة الإبراء تعليقه على زمن المستقبل وليس المقصود إضافة الإبراء إلى الحق فإن ذلك من تمام الإبراء فإن الإبراء يجب إضافته إلى الحق كأن يقول أنت بريء من حقى عليك فإن أضاف المبرئ الإبراء إلى نفسه بأن قال إننى بريء من زيد مثلاً فإن ذلك لا ينصرف إلى البراءة من الحقوق وإنما معناه نفى الموالاة والمحبة والبراءة من نفس الغير إظهار لوجود العداوة والوحشة بين المبرئ والمبرأ. درر الحكام (٩/١٢).

الموت أو إلى وقت غير ذلك سواء كان معلوماً أو مجهولاً.
فإن أضاف الإبراء إلى ما بعد الموت كأن يقول إن متُّ قبلك فأنت في حل من ديني فإن هذا الإبراء يجوز لأنه وصية والوصية جائزة^(١).
أما إضافته إلى زمن غير الموت سواء كان معلوماً أو غير معلوم فلا يجوز ويبطل الإبراء بذلك بلا خلاف.

لأن الأصل في العقود أن تقع منجزة فالإضافة فيها أمر زائد عن حقيقتها وهي تخالف مقتضاها لأنها جعلت لتعطى أثرها في الحل كما أن تأخيرها يؤدي إلى الغرر.

أما الإضافة فيما لا يمكن تملكه في الحال أو الإسقاطات أو الالتزامات أو الولايات فإنها جائزة، ولا تصح فيما يمكن تملكه في الحال^(٢).

حكم الإبراء بشرط أداء البعض:

يجوز أن يقول أبرأتك على أن توفيني باقى حقى خلافا للحنابلة وقاسوه على الهبة، ولأنه يكون بذلك قد عاوض عن بعض حقه ببعض^(٣).
فإن حصل الإبراء عن الباقي بدون شرط فالإبراء صحيح اتفاقاً لأنه منجز غير معلق ولا مقيد، كأن يقول الدائن أبرأتك من نصفه فأعطني الباقي ويكون المبرئ حينئذ متطوعاً بإسقاط بعض حقه بطيب نفسه.

(١) إعلام الموقعين لابن القيم (٥/٤)، أسنى المطالب (٤١/٣)، الفروع (١٩٥/٤)، قليوبي وعميرة (١٦٢/٣).

(٢) رد المحتار (٢٥٧/٥) ط/ الحلبي، بدائع الصنائع (١١٨/٦) بيروت.

(٣) كشف القناع (٣٩١/٣)، المغنى (٥٣٣/٤) مكتبة زهران.

ودليله حديث كعب بن مالك عندما تقاضى دينا له على ابن أبي حدرد^(١).
 وأيضاً حديث جابر بن عبد الله^(٢) رضي الله عنه أنه قال: (قتل أبي وعليه دين
 فسأل النبي ﷺ غرمائه أن يقبلوا ثمر حائطي ويحلوا أبي)^(٣) فإن كان الإبراء
 عن البعض معلقاً على أداء الباقي مثل أن يقول الدائن إن أعطيتني النصف
 من ديني أبرأتك من النصف الآخر فهذا لا يجوز على الراجح على ما سبق.
 فإن كان الشرط تعجيل الباقي عن أجله فإنه لا يجوز لأنه يشبه ربا
 الجاهلية فإن عجل المبرأ ذلك البعض بغير شرط فأخذه منه وأبرأه مما بقي
 صح الإبراء^(٤).

(١) سبق تخريج الحديث (ص ٦٩).

(٢) جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام بن كعب شهد العقبة الثانية مع أبيه وهو صبي
 وقيل شهد بدرًا وقيل لم يشهدا وكذلك غزوة أحد منعه أبوه فلما قتل أبوه في
 غزوة أحد شهد بعدها كل المشاهد، وكان من المكثرين في الحديث الحافظين
 للسنن توفي رضي الله عنه سنة ٧٨ هـ وقيل سنة ٧٤ هـ، الإصابة في تمييز الصحابة
 (٢١٣/١) ط/ دار صادر بيروت، أسد الغابة (٣٠٧/١، ٣٠٨) ط/ الشعب.

(٣) جزء من حديث ذكره البخاري في صحيحه كتاب الاستقراض باب إذا قضى
 دون حقه أو حلله فهو جائز صحيح البخاري مع الفتح (٥٩/٥) حديث رقم
 (٢٣٩٥) ط/ دار المعرفة بيروت.

(٤) بدائع الصنائع (٤٤/٦، ٤٥)، درر الحكام (٥٨/١٢، ٥٩)، حاشية الدسوقي
 (٣١٠/٣)، قليوبي وعميرة (٣٠٨/٢)، المغني (٥٣٤/٤)، الفقه الإسلامي
 (٣٣٦/٥).

حكم الإبراء بعوض:

والمقصود به أن يعطيه شيئاً في مقابل أن يتنازل عن دينه الذي عليه ويبرئه منه كأن يعطيه ثوباً أو داراً مثلاً^(١).

فقال الشافعية إن هذا الإبراء صحيح وجائز وإذا أعطاه العوض فيملك الدائن العوض المبذول له ويبرئ المدين مما عليه من الدين^(٢).

أما الأحناف فإنهم يخرجون ذلك على الصلح بالمال وهو جائز عندهم^(٣).

المسألة العاشرة: "أثر الإبراء في إنهاء النزاع في الدين" وحكم الرجوع فيه، وسماع الدعوى بعده

لما في الإبراء من الإحسان، وسّع فيه الشرع، وندب إليه وذلك لأنه في الغالب يتضمن إسقاط الدين عن المعسر الذي يثقل الدين كاهله وهذا يؤدي إلى انقطاع الخصومة التراجع.

ولقد جاءت النصوص ترغب في التجاوز عن المعسر وإبراءه من دينه وبذلك تنتهي المخاصمة وتحل الألفة والمحبة مكان العداوة وتتألف القلوب

(١) وقد اعتبر القانون المصري هذا النظر خاطئاً فإنه حيث يتم نزول الدائن عن حقه للمدين بمقابل لا نكون أمام إبراء بل نكون أمام وفاء بمقابل أو تجديد للدين بتغيير المحل أو مقاصة حسب ما إذا كان مقابل التزول شيئاً آخر تم الوفاء به أو تعهداً من المدين، والإبراء تبرع فينبغي أن ينتفى المقابل. النظرية العامة للالتزامات (٤١٤/٢).

(٢) حاشية الجمل على شرح المنهج (٣٨١/٣) ط/ إحياء التراث.

(٣) بدائع الصنائع (٤٣/٦)، رسائل ابن عابدين (٩٤/٢)، المغنى (٥٣٦/٤)،

ويعم الخير على المجتمع، فإن لم يكن المدين معسرا فإن ذلك مما يزيد المودة بين الدائن والمدين فلا يخلو عن معنى البر والصلة^(١).

وإذا صدر الإبراء صحيحا مستوفيا لأركانه وشروطه فإنه يترتب عليه سقوط الحق المبرأ منه بحسب كون الإبراء عاما أو خاصا ولا يبقى للدائن حق المطالبة به فلا تسمع دعواه بعد ذلك ما دام الحق المطالب به قد تناوله الإبراء. بل قد يتعدى هذا الحكم إلى غير المبرئ والمبرأ كما ذكرنا سابقا.

وهذا الأثر للإبراء وهو سقوط المطالبة إنما هو قضاءً أى في الدنيا، أما ديانة فقيل تسقط به ديانة وقيل لا تسقط فلو ظفر به بعد ذلك أخذه^(٢).

ولا يقبل من المبرئ الرجوع في الإبراء، ولا العدول عنه وقيد المالكية ذلك بالقبول إذ ظاهر المذهب اشتراط القبول^(٣).

وبناء على ذلك لا تسمع الدعوى فيه إلا إذا كان الدين متأخرا عن تاريخ الإبراء كما سبق بيانه.

والله أعلى وأعلم

(١) درر الحكام (٩/١٢).

(٢) رسائل ابن عابدين (٨٨/٢، ٨٩، ٩٠)، حاشية ابن عابدين (٢١٨/٤).

(٣) حاشية الدسوقي (٣١٠/٣).

المطلب الثالث إنهاء النزاع في الدين بالعفو عن المدين

وفيه ثلاث مسائل:

- المسألة الأولى: تعريف العفو في اللغة والاصطلاح.
- المسألة الثانية: حكمة ودعوة الشارع إليه.
- المسألة الثالثة: العفو عن المدين وأثره في إنهاء المنازعة.

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

المسألة الأولى: تعريف العفو في اللغة والاصطلاح

والعفو في اللغة: الترك والمحو ومنه عفا الله عنك أي محو ذنبك وعفوت عن الحق أسقطته كأنك محوته عن الذي هو عليه^(١).

وفي الاصطلاح يستعمل العفو غالبا بمعنى الإسقاط والتجاوز، فلا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي.

ف قيل: أن يستحق حقا فيسقطه ويرى عنه قصاصا وغرامة^(٢).

والصفح أبلغ من العفو قال تعالى: ﴿وَلْيَعْفُوا وَلْيَصْفَحُوا﴾ [النور: ٢٢]

لأن الصفح من فعل القلوب وقد يعفو الإنسان ولا يصفح^(٣).

المسألة الثانية: حكمه، ودعوة الشارع إليه

والعفو مندوب إليه مرغّب فيه من قبل الشارع الحكيم فقد مدح الله تعالى العافين عن الناس وسماهم متقين في قوله تعالى: ﴿وَسَارِعُوا إِلَى مَغْفِرَةٍ مِّن رَّبِّكُمْ وَجَنَّةٍ عَرْضُهَا السَّمَوَاتُ وَالْأَرْضُ أُعِدَّتْ لِلْمُتَّقِينَ﴾ [آل عمران: ١٣٣] الَّذِينَ يُنْفِقُونَ فِي السَّرَّاءِ وَالضَّرَّاءِ وَالْكَبِيرِ وَالصَّغِيرِ وَالْعَافِينَ عَنِ النَّاسِ وَاللَّهُ يُحِبُّ الْمُحْسِنِينَ ﴿١٣٤﴾ [آل عمران: ١٣٣، ١٣٤].

(١) لسان العرب (٣٠١٨/٤) ط / دار المعارف، القاموس المحيط (٣٦٤/٤) ط / دار المأمون.

(٢) إحياء علوم الدين (١٨٢/٣) ط / المكتبة التجارية.

(٣) المفردات للراغب الاصفهاني (ص ٢٨٢) ط / دار المعرفة.

وهذا إن دل فإنما يدل أبلغ دلالة على مكانة العفو وأثره في النفوس فإن به تزال البغضاء من القلوب، ويتزع الحقد من الصدور، وتحل المودة والوئام مكان الخصام والشقاق والتراع.

ولقد أمر الله به في قوله تعالى: ﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ ﴾ [الأعراف: ١٩٩].

وإن كان العفو هنا معناه ما زاد إلا أنه يراد به عموم العفو.

المسألة الثالثة: العفو عن المدين وأثره في إنهاء المنازعة

والعفو قريب الشبه بالإبراء لأنه يعنى الرجوع والتنازل نهائياً عن الحق^(١) بمعنى أن صاحبه لا يجوز له المطالبة به مرة أخرى، وهذا التنازل يكون بدون مقابل فلا يكاد يختلف العفو عن الإبراء إلا في صيغته أما المضمون فواحد.

وله أثر كبير في إنهاء التراع بين الدائن والمدين وربما يعفو الإنسان عن حقه أو بعض حقه فيثير ذلك في نفس من عليه الحق رهبة ورغبة في الخلاص فيدفع له كل حقه.

وبالقضاء يبقى في النفس شيء، وبالعفو تحصل المودة ويزال ما في النفس جميعاً.

وبالعفو يثيب الله العافي ويعوضه عن حقه أو بعض حقه الذي تركه

(١) حاشية ابن عابدين (١٥٦/٥)، بدائع الصنائع (٢٤٧/٧)، مواهب الجليل

(٤/٥٤٨) ط / مكتبة النجاح، روضة الطالبين (٤/١٩٦)، المغني (٤/٦٠٥)،

بأعظم الجزاء وهو الذي يعطي الحسنة بعشر أمثالها^(١).
وبالعفو يزال ما بين الدائن والمدين من أحقاد وشرور، وتصفى
نفوسهما، ويعم الاستقرار في المجتمع.

(١) الذخيرة للقرافي (٢٩٥/٥).

المطلب الرابع إنهاء النزاع في الديون بالمقاصة

وفيه ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: تعريف المقاصة وحكمها وأهميتها.

المسألة الثانية: محل المقاصة وشروطها.

المسألة الثالثة: آثار المقاصة.

المطلب الرابع: إنهاء النزاع في الديون بالمقاصة

المسألة الأولى: تعريف المقاصة

ولقد اعتنى علماء المالكية بالمقاصة كثيراً وأفردوا لها باباً مستقلاً بخلاف باقي الفقهاء فقد ألحقوها بأبواب أخرى لذلك لم أجد تعريفاً اصطلاحياً للمقاصة عندهم غير أنهم عبروا عنها بمعناها اللغوية الذي هو بمعنى المماثلة والمساواة والمقابلة إذ لا فرق بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي.

ف قيل: هي إسقاط ما لك من دين على غريمك في نظير ما له عليك بشروط، أو متاركة مدينين بمماثلين عليهما كل ما له فيما عليه.

وقال ابن عرفة متاركة مطلوب بمماثل ما عليه لما له على طالبه^(١).

نظرة في التعريفات:

نلاحظ أن التعريفين الأولين يصرحان بأن المقاصة تجري في الديون، وبأن التماثل بين الدينين شرط فيها.

ولكن التعريف الثالث أشمل وأجمع^(٢).

وهذه التعريفات يفهم منها أن المقاصة لا تجري بنفسها وإنما تحتاج إما إلى رضاها معاً كما يدل عليه لفظ المتاركة أو إلى رضا أحدهما.

حكم المقاصة:

والمقاصة مشروعة عند جمهور الفقهاء لأنها طريق من طرق إيفاء الديون

(١) مواهب الجليل (٤/٥٤٩) ط/ مكتبة النجاح، القوانين الفقهية (ص ٢٥١)،

حاشية الدسوقي (٣/٢٢٧)، بلغة السالك (٢/١٠٦).

(٢) حاشية البناني على شرح الزرقاني (٥/٢٣٠) دار الفكر، حاشية العدوي على

الخرشي (٥/٢٣٣).

والأدلة على مشروعيّتها كثيرة منها:

أن الوفاء بالدين واجب على المدين.

(١) قال تعالى: ﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُوتِيَ أَمْنَتَهُ

وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

(٢) وقال تعالى: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا أَلْأَمْنَتِ إِلَى أَهْلِهَا ﴾

[النساء: ٥٨].

(٣) قول النبي ﷺ: «أد الأمانة لمن ائتمنك ولا تخن من خانك»^(١).

والأدلة على جواز إيفاء الديون أدلة على مشروعية المقاصة لأنها طريق من طرق الأداء.

(٤) فإن مطالبتك لمدينك بدين أنت مدين له بمثله فتأخذه ثم ترده إليه

لغو ومن أوصاف المؤمنين الإعراض عن اللغو^(٢).

قال تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ عَنِ اللَّغْوِ مُعْرِضُونَ ﴾ [المؤمنون: ٣].

(٥) كما أنه يجوز أن يُقبض عن الدين العين، وجواز ذلك يدل على

(١) أخرجه الترمذي وقال حديث حسن غريب، والحاكم في المستدرک على شرط

مسلم، سنن الترمذي في البيوع (٥٥٥/٣) ط/ الحلبي، الحاكم في المستدرک

(٤٦/٢) دار الكتاب العربي، تلخيص الحبير لابن حجر (١١٢/٣) ط/

الكلية الأزهرية.

(٢) المجموع شرح المذهب (٩٦/١٣)، روضة الطالبين (٣٧٢/١٢).

جواز المقاصة بينهما^(١).

وقد أنكر بعض الفقهاء المقاصة وقالوا لا تجوز المقاصة، وإن رضى الطرفان بذلك.

لأن المقاصة بيع دين بدين، وبيع الدين بالدين منهي عنه.

فإن النبي ﷺ نهى عن بيع الكالئ بالكالئ^(٢).

ومعنى بيع الكالئ بالكالئ هو بيع الدين بالدين^(٣).

الرد عليهم:

والقول بأن المقاصة بيع دين بدين غير صحيح، فإننا لو نظرنا إلى المقاصة لوجدناها تضمنت معاوضة الدين بالدين فإن كلا من المدينين يأخذ حقه الذي في ذمته عوضاً عن حقه الذي في ذمة صاحبه ففيه استيفاء ومعاوضة^(٤).

وقيل: إن النهي في بيع الدين بالدين بيع الدين لغير من هو عليه، والمقاصة ليست كذلك^(٥).

(١) بدائع الصنائع (٢٣٤/٥)، حاشية ابن عابدين (٨٤٨/٣) ط/ الحلبي، إعلام الموقعين (٣٤٠/١) ط/ دار الحديث، المغني (٤٤٧/٩، ٤٤٨).

(٢) رواد الدارقطني والحاكم وقال صحيح على شرط مسلم، سنن الدارقطني (٧٢/٣) ط/ دار المحاسن، المستدرک (٥٧/٢).

(٣) مغني المحتاج (٥٣٠/٤)، المجموع (٩٦/١٣)، إعلام الموقعين (٣٤٠/١).

(٤) الذخيرة للقرافي (٢٩٩/٥).

(٥) مغني المحتاج (٥٣٥/٤).

أو أن المراد ببيع الدين بالدين المنهى عنه بيع النسيئة بالنسيئة وهو المؤخر الذي لم يقبض والمقاصة ليست فيها بيع النسيئة بالنسيئة، وذلك لأن في بيع النسيئة بالنسيئة شغل ذمتي البائع والمشتري أو الدائنين بغير فائدة بخلاف المقاصة فإن فيها إبراء الذمتين معا وإبراء الذمم من مقاصد الشريعة الإسلامية^(١).

أهمية المقاصة:

أداء الديون واجب على الفور عند المطالبة فلا ينبغي تأخيرها عن ذلك، وقد ينشأ للمدين دين في ذمة دائنه فيصبح الدائن مدينا لمدينه فيتقابل الدينان فيكون كل واحد من الطرفين دائنا ومدينا للآخر.

لأن الله تعالى جلّت حكمته جعل كل إنسان مهما بلغت درجته محتاجا إلى غيره في حياته اليومية فلا يرى غنيا إلا وهو فقير إلى غيره وهذا الاحتياج الدائم هو الذي أدى إلى التعامل والتعاقد فيما بينهما، وقد ينشأ من هذا التعامل وجود دين لكل واحد منهما على الآخر كما سبق فإذا حصل هذا ففطرة الإنسان تقتضي أن يستوفي كل منهما الدين الذي له في ذمة مدينه من الدين الذي لمدينه في ذمته فإذا كان الدينان متساويين في المقدار صارت ذمة كل واحد منهما بريئة تماما عن حق الآخر.

ولهذا الموضوع أهمية قصوى في العصر الحاضر حيث إن المعاملات التجارية قد ازدهرت وتطورت وأصبحت الحاجة ماسة إلى السرعة في

(١) إعلام الموقعين (١/٣٤٠).

التعامل إذ يندر في المعاملات أن يكون التاجر دائنا غير مدين أو مدينا غير دائن بل الغالب أن تجتمع فيه الصفتان معا، وذلك لأن التجارة تنمو بالثقة المتبادلة وهي قوام التجارة.

فإن المقاصة أداة تبسيط، وتسهيل، وسرعة في الوفاء لأنها تقضى دينين في وقت واحد دون أن يدفع أحد المدينين إلى الآخر شيئا فلا نفقة ولا عناء بإخراج النقود ولا مخاطرة ولا تبعات.

ثم إن المقاصة تعمل على حماية مبدأ المساواة بين الطرفين لأنها تعمل على إعمال إرادتهما معا، وتعمل على حماية حقوقهما معا إذ كل منهما يطمئن على الحصول على حقه.

المسألة الثانية: محل المقاصة

الأصل في المقاصة أن تقع بين دينين وهي تشمل عند الأحناف جميع الديون سواء كانت ديون النقدين، أو المثليات، أو العرض، سواء كانت متفقة الأجناس أو مختلفة، وكذلك ديون الحوالة، والكفالة، وقيمة الرهن، وبدل الصرف، والقراض والمهور، والديون المشتركة، وديون نفقة الزوجة، وصرحوا بحصول المقاصة بين العين والدين^(١).

أما المالكية فإنهم كانوا أكثر تفصيلا في محل المقاصة فقد قسموا الدينين

(١) بدائع الصنائع (٢٠٤/٥، ١٧/٦، ١٨)، حاشية ابن عابدين (٢٦٦/٥) ط /

الحلي، العناية على الهداية بهامش فتح القدير (٣٨٠/٥) ط / الأميرية.

إلى مائة وخمسة وثلاثين صورة ثم بينوا ما تجوز المقاصة فيه وما لا تجوز^(١) فجميع الديون عندهم تجرى فيها المقاصة بما فيها دين السلم، ونفقة الزوجة وما حل من الكتابة والمتعة^(٢).

والشافعية قالوا إن كل تقاص لم يكن فيه محذور شرعي كبيع المبيع قبل قبضه ولا بيع الدين بالدين فجائز ولا فرق عندهم بين ديون النقدين وديون المثليات والعروض فكل منهما يكون محلاً للمقاصة بشروطه^(٣).

أما الحنابلة فقد ذكروا أنه لا بد من التماثل في الصفة والحلول بين الدينين حتى تقع المقاصة فالحيوانات عندهم تكون محلاً للمقاصة، وحقوق القصاص، ويستثنى من ذلك ديون المسلم فيه والديون التي يتعلق بها حق الغير^(٤).

شروط المقاصة:

(١) التقاء الدينين في الذمة فلا تتحقق المقاصة إلا إذا كان كل من المتقاصين دائناً ومديناً معاً.

(٢) تماثل الدينين باتحادهما جنساً، ونوعاً، وحلولا، وصفة، وجودة

(١) حاشية البناني على الزرقاني (٢٣٠/٥) ط/ دار الفكر.

(٢) مواهب الجليل (٥٤٩/٤)، بلغة السالك (١٠٦/٢، ١٠٧)، الفروق للقرافي (٢٥٩/٣).

(٣) مغنى المحتاج (٥٣٥/٤)، روضة الطالبين (٢٧٣/١٢) ط/ المكتب الإسلامي، الأم (٦٠/٣، ١١٧).

(٤) المغنى (٤٤٧/٩)، الانصاف (١١٨/٥، ٣٠/١٠، ٣٦).

ورداءة، وقوة، وضعفا، وصحة، وتكسيرا، وذكر الشافعية والحنابلة اتفاقهما في قدر الأجل، وعند المالكية عند عدم حلول الأجل قولان، المشهور الجواز إن حل أجلهما معا أو حل أحدهما دون الآخر.

(٣) ألا يترتب على المقاصة محذور ديني كالاقتراق قبل قبض رأس مال السلم، وعدم التقابض في مجلس الصرف، وغير ذلك.

(٤) ألا يؤدي إسقاط الدينين أو أحدهما إلى بطلان العقد وهذا عند الأحناف.

(٥) ألا يكونا ديني طعام المبايعه وهذا عند المالكية.

(٦) ألا يكون أحدهما دين سلم وهذا عند الحنابلة.

(٧) عدم تعلق حق الغير بأحدهما^(١).

المسألة الثالثة: آثار المقاصة

يترتب على المقاصة سقوط الدينين معا، وبراءة الذمة، وليست المقاصة إسقاطا محضا وإنما هي إسقاط فيه معنى الوفاء أي إسقاط بعوض والعوض هو إسقاط الآخر حقه والأحناف قالوا إن المقاصة وفاء بل إنهاء الطريق الوحيد للوفاء.

وقال الأحناف إن الذي يسقط بالمقاصة هو المطالبة فقط لا أصل الدين خلافا لجمهور الفقهاء.

(١) يراجع في شروط المقاصة، حاشية ابن عابدين (٢٥/٤)، حاشية الدسوقي

(٢٢٩/٣)، الذخيرة (٢٩٩/٥)، الأم (١٥/٤، ١٦)، الإنصاف (١١٨/٥).

وقال الأحناف إن هذا أشبه بالحق الذي لا تسمع الدعوى فيه للتقادم فإن المطالبة تسقط أما الدين فيبقى شاغلا للذمة.

ويترتب على قولهم جواز الإبراء من الدين بعد المقاصة براءة إسقاط وتصح هبته ويصح الخط منه^(١).

وهذا رأى غريب تأباه العدالة فمن قاص غريمه في دينه لا يفهم منه إلا أنه قام بما يلغى تبعته، ويظهر ذمته لا أنه يسعى إلى دفع المطالبة فقط.

وإذا تمت صحیحه لا يمكن نقضها بالفسخ ولا بغيره لأن الساقط لا يعود.

ثم إذا كان على الدين رهن أو ضمان انفك لحصول المقاصة وسقوط أصل الدين.

(١) بدائع الصنائع (٢٣٤/٥)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ٣٥٤) ط/ بيروت.

المطلب الخامس إنهاء النزاع في الدين بالوفاء

وفيه خمس مسائل:

المسألة الأولى: تعريف الوفاء وحكمه، وشروطه

المسألة الثانية: كيف يتم القبض

المسألة الثالثة: هل يشترط القبول في الوفاء

المسألة الرابعة: إفسار المدين وملازمة الطالب له

المسألة الخامسة: أثر الوفاء في إنهاء المنازعات

رَفَعُ
عبد الرحمن البخاري
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

المسألة الأولى: تعريف الوفاء، وحكمه

والوفاء ضد الغرر، فيقال وفي بعهدته وفاء، وأوفاه حقه أعطاه وافياً^(١) ومعناه التمام والكمال.

وهو ليس بعقد وإنما يقصد به أن يؤدي المرء ما يتعهد به من واجبات في أوقاتها حتى تبرأ بذلك ذمته، وهو بهذا أعم من العقد.

ولقد أقرت كافة الشرائع السابقة والشرعية الإسلامية بوجوب الوفاء بكل ما يتعهد به الشخص من التزامات وحشت على ذلك، وهو ما يتفق مع الفطرة السليمة التي فطر الله الناس عليها، كما أن هذا الأمر يتمشى مع المعاني السامية والقيم العليا والمثل الراقية التي يدعونا إليها ديننا الحنيف. والأدلة على ذلك كثرة منها:

(١) قول الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١].

(٢) قوله تعالى: ﴿وَمَنْ أَوْفَ بِعَهْدِهِ مِنْ اللَّهِ﴾ [التوبة: ١١١].

(٣) وقوله تعالى: ﴿وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا﴾ [الأنعام: ١٥٢].

وجه الدلالة من الآيات:

فإن الآيات الكريمة دلت على الإلزام لكل ما يجب الوفاء به وبكل عهد يقطعه الإنسان على نفسه لذلك نسبه المولى إلى نفسه^(٢).

(٤) قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمْتِنَتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ﴾ [المعارج: ٣٢].

(١) مختار الصحاح (ص ٦٨٥).

(٢) أحكام القرآن لابن العربي (٢/٥٢٤).

فإن هذا وصف للمؤمنين الذين يوفون بعهدهم كواجب ديني وأخلاقي واجتماعي وعقلي فكما يجب على المرء أن يحصل حقه فيجب عليه أن يؤدي حق غيره لأن عدم الوفاء من صفات الكافرين قال تعالى: ﴿لَا يَرْقُبُونَ فِي مُؤْمِنٍ إِلَّا وَّلَا ذِمَّةً﴾ [التوبة: ١٠] وإلال العهد.

(٥) والنبي ﷺ يقول: «خياركم أحسنكم قضاء»^(١).

وغير ذلك من الأدلة الكثير والكثير.

شروط الوفاء بالشيء المستحق:

والمقصود بالشيء المستحق ما وقع التعاقد عليه وتعلقت به أحكامه وارتبطت به آثاره، وهو يختلف باختلاف العقود، فمحل العقد في البيع هو المبيع وفي عقد الإجارة المنفعة، والدين الذي في ذمة المدين. ولا بد فيه من شروط منها:

(١) أن يكون موجودا عند الوفاء مقدورا على تسلميه لئلا يؤدي إلى الغرر المنهى عنه، والشرع لم يحرم بيع المعدوم إلا بقدر ما ينطوي عليه من الغرر،^(٢) والغرر ما اشتمل على الجهالة والمخاطرة فإذا كان في المعقود عليه غرر لم يصلح أن يكون موضع عقد لأن الجهالة في المعقود عليه تؤدي إلى النزاع والخصام وقد أردنا أن نزيله وننهيه.

(٢) أن يكون محل الوفاء معينا فإن كان مجهولا جهالة فاحشة مفضية إلى

(١) سبق تخريج الحديث (ص ١٦٩).

(٢) بداية المجتهد (٢/٢٢٩).

التراجع فسد العقد.

(٣) أن يكون مالا متقوما فلا يجوز في الخمر ولا الخنزير ولا ما لا منفعة فيه.

المسألة الثانية: كيف يتم القبض

اختلف الفقهاء في كيفية القبض على مذهبين:

المذهب الأول: الأحناف، ورواية عن الإمام أحمد^(١) أن المراد بالقبض التخلية وهو أن يخلى البائع بين المبيع وبين المشتري على وجه يتمكن معه المشتري من التصرف فيه.

المذهب الثاني: الشافعية، والحنابلة^(٢) إلى أن قبض كل شيء بحسبه فإن كان مكيلا أو موزونا فقبضه بكيله ووزنه.

الأدلة:

وقد استدل أصحاب المذهب الأول بما يأتي:

(١) أن التسليم عبارة عن جعل الشيء سالما خالصا لا يشاركه فيه أحد وتسليم المبيع إلى المشتري هو جعل المبيع سالما للمشتري أى خالصا له بحيث لا ينازعه فيه غيره وهذا يحصل بالتخلية.

(٢) وتسليم المبيع وغيره واجب، ومن عليه الواجب لا بد وان يكون له سبيل للخروج عن عهده ما وجب عليه والذي في وسعه هو التخلية ورفع الموانع^(٣).

(١) بدائع الصنائع (٢٤٤/٥)، المغنى (١٢٥/٤).

(٢) مغنى المحتاج (٧١/٢)، روضة الطالبين (٣٠/٤، ٦٥)، المغنى (١٢٥/٤، ١٢٦).

(٣) بدائع الصنائع (٢٤٤/٥).

واستدل أصحاب المذهب الثاني بما يأتي:

(١) قول النبي ﷺ: «إذا بعث فكل وإذا ابتعت فاكتل»^(١).

فإن كان البيع جزافاً فقبضه نقله لأن ابن عمر رضي الله عنه قال كنا نشترى الطعام من الركبان جزافاً فنهانا رسول الله ﷺ أن نبيعه حتى ننقله^(٢).

فإن كان المبيع دراهماً أو دنائيراً فقبضها باليد، وإن كانت ثياباً فقبضها نقلها، وإن كان حيواناً فقبضه تمشيته من مكانه، وإن كان ما لا ينقل ولا يحول فقبضه بالتخلية.

(٢) ولأن القبض مطلق في الشرع فيجب الرجوع فيه إلى العرف^(٣).

والراجع المذهب الثاني لقوة أدلتهم ولأنه يتمشى مع مصالح الناس وحاجاتهم.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه كتاب البيوع باب الكيل على البائع والمعطى (٨٨/٣) ط/ الشعب.

(٢) رواه الإمام سلم بلفظه والبخاري بلفظ مقارب صحيح مسلم كتاب البيوع باب بطلان بيع المبيع قبل القبض (١١٦١/٣) ط/ بيروت، صحيح البخاري كتاب البيوع باب من رأى إذا اشترى طعاماً جزافاً أن لا يبيعه حتى يؤويه إلى رحله (٩٠/٣) ط/ الشعب.

(٣) المغنى (١٢٦/٤).

المسألة الثالثة: هل يشترط القبول في الوفاء

والمسألة قائمة عند الوفاء قبل حلول الأجل فإذا عجل المدين الوفاء قبل حلول الأجل فهل يلزم الدائن قبول أداء الدين المؤجل قبل حلول الأجل أم لا؟

اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين:

المذهب الأول: جمهور الفقهاء من الأحناف والمالكية والشافعية والحنابلة^(١) ذهبوا إلى القول بإلزام الدائن بقبول تعجيل المدين لدينه المؤجل قبل حلول أجله.

وحجتهم في ذلك: أن من حق المدين إسقاط الأجل لأنه ضُرب لمصلحته فهو من حقوقه فله التنازل عن حقوقه وله تخفيف ما تعلق برقبته من التكاليفات ولا سيما إذا كان للمدين غرض صحيح للتعجيل حتى ولو كان مجرد براءة ذمة المدين من الدين المتعلق بها ولا اعتبار لإسقاط هذا الأجل إلا بإجبار الدائن على قبول تعجيل الوفاء، وليس على الدائن ضرر في هذا التعجيل إذا توصل لحقه^(٢).

ومحل ذلك إذا لم يكن هناك ضرر على الدائن من قبول تعجيل الوفاء لقول النبي ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»^(٣).

(١) الهداية على شرح فتح القدير (٤٥٦/٦)، القوانين الفقهية (ص ٢٤٨)، مغنى المحتاج (١٢٠/٢)، المغنى (٣٤٦/٤).

(٢) المراجع السابقة. نفس الجزء والصفحة والأشباه لابن نجيم (ص ٢٦٦).

(٣) أخرجه البيهقي من حديث أبي سعيد الخدري وصححه الحاكم على شرط مسلم ولم يخرجاه، السنن الكبرى (٦٨/٦) كتاب الصلح باب لا ضرر ولا

ومن هذا الضرر مُثَنَّة حفظ المال وتوصيله إلى محله و كالطعام الكثير.
وقد يكون حيوانا يحتاج إلى نفقة، أو لكونه مما يتغير كالفاكهة والأطعمة
واللحوم أو كان قديمه دون حديثه كالحبوب، أو كان الوقت وقت غارة
ونهب، فإذا أبدى الدائن سببا مقنعا ومعقولا لامتناعه عن القبول قبل حلول
الأجل فلا يجبر على ذلك وتقدير الضرر يترك للقاضي^(١).

المذهب الثاني: الظاهرية^(٢) ذهبوا إلى عدم إلزام الدائن بقبول تعجيل
الوفاء حتى ولو لم يكن هناك ضرر عليه.

وحجتهم على ذلك: وقد قاس الظاهرية عدم إجبار الدائن على قبول
الحق قبل أجله على لمدين فلا يجبر على دفعه قبل وقته.

ثم إن شرط الأجل قد صح بالقرآن والسنة، وقول الجمهور لم يرد به
قرآن ولا سنة ولا إجماع ولا قياس ولا قول صحابي لا مخالف له فلا يجوز
إبطال ما صح بما لا يصح^(٣).

مناقشة أدلة الظاهرية: إن قياس الدائن على المدين لا يصح لأن الأجل
إنما ضرب لمصلحة المدين وفي قضاء الحق قبل حلول أجله إذا لم يكن هناك

ضرار ط/ دار المعرفة المستدرك (٥٨/٢) ط/ دار المعرفة، سبل السلام
(١١٠/٣)، تلخيص الحبير (١٩٨/٤).

(١) حاشية الحموي على الأشباه والنظائر لابن نجيم (٤٨/٢).

(٢) المحلى لابن حزم (٨١/٨) وما بعدها ط/ المكتب التجاري بيروت.

(٣) المرجع السابق نفس الجزء والصفحة.

ضرر تحقيق لمصلحة المدين ببراءة ذمته ولمصلحة الدائن أيضًا بإيصال حقه إليه.

الرأي الراجح: بعد عرض المذاهب، والأدلة يتبين رجحان مذهب الجمهور فهو أولى بالقبول وذلك لقوة أدلتهم ولأنه أمكن مناقشة أدلة الظاهرية ولأن في ذلك القول تحقيق المصلحتين معا وهذا من مقاصد الشريعة الإسلامية فهو يعمل على إنهاء التراعات وأسباب الفساد والشرور بين الناس والشريعة تدعو إلى ذلك. والله أعلم

المسألة الرابعة: إعسار المدين وملازمة الطالب له

اتفق الفقهاء على جواز حبس المدين إذا ادعى الفلاس ولم يعلم صدقه فإذا ثبت إعساره نحل سبيله واختلفوا في جواز ملازمته في هذه الحالة. والعلة في أنهم إنما اتفقوا على الحبس واختلفوا في الملازمة لأن ذلك أمر ضروري في استيفاء الناس حقوقهم بعضهم من بعض وهذا دليل على القول بالقياس الذي يقتضى المصلحة وهو الذي يسمى بالقياس المرسل وقد روى أن النبي ﷺ حبس رجلا في قهمة^(١).

وقد اختلف الفقهاء في ملازمة الطالب للمدين المعسر على ثلاثة

(١) سنن الترمذي كتاب الديات باب ما جاز في الحبس والتهمة وقال حديث بهز عن أبيه عن جده. حديث حسن (٤٣٥/٢) وأبو داود كتاب الأقضية باب في الحبس في الدين (٣١٤/٣) رقم (٣٦٣٠) وفي البخاري مثله كتاب الخصومات باب الربط والحبس في الحرم (٨٥٣/٢) ط/ بيروت.

مذاهب:

المذهب الأول: الأحناف قالوا عنه يجوز للدائن أن يلازم المدين فيذهب معه حيثما ذهب ولكن لا يمنعونه من التصرف والكسب والسفر حال الملازمة وذلك بعد ثبوت إعساره^(١) ولا تُلازم المرأة منعاً للخلوة بالأجنبية. واحتجوا على ذلك بالسنة والمعقول:

أما السنة: قول النبي ﷺ: «لصاحب الحق اليد واللسان»^(٢).

وجه الدلالة من الحديث: أن النبي ﷺ أراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي.

أما المعقول: فإن بهذه الملازمة يتمكن الدائن من حمل المدين على قضاء الدين. المذهب الثاني: زفر من الأحناف والمالكية والشافعية والحنابلة^(٣). قالوا إذا ثبت إعسار المدين عند الحاكم لم يكن لأحد مطالبة وملازمته بل يمهّل إلى أن يوسر لأنه إذا ثبت الإعسار استحق النظرة إلى ميسرة. واحتجوا على ذلك بالكتاب والسنة:

(١) بدائع الصنائع (١٧٣/٧)، تبين الحقائق (٢٠٠/٥).

(٢) خرجہ الدارقطني وابن عدی فی الكامل وخرجه البخاري بلفظ فإن لصاحب الحق مقالاً، سنن الدارقطني (٢٣٢/٤)، الكامل لابن عدی (٢٧٨/٦) في ترجمة محمد بن معاوية أبو علي النيسابوري ط/ دار الفكر، صحيح البخاري (٢١١/٣).

(٣) بداية المجتهد (٢٣٧/٢)، القوانين الفقهية (ص ٢٧١)، روضة الطالبين

(١٣٦/٤)، مغني المحتاج (١٥٦/٢)، المغني (٥٠١/٤، ٥٠٢).

(١) قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠].

(٢) قول النبي ﷺ لغرماء الذي أصيب في ثمار ابتاعها فكثر دينه: «خذوا

ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك»^(١).

المذهب الثالث: حكى عن عمر بن عبد العزيز^(٢) ورواية عن الإمام أحمد

قالوا إن لهم أن يوأجروه أى يسقطوا عنه بعض دينه^(٣) لقوله تعالى: ﴿وَأَنْ

تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٠]

الرأي الراجح: بعد عرض المذاهب والأدلة يتبين أن الرأي الراجح هو

مذهب الجمهور بعدم جواز الملازمة لقوة أدلتهم أما دليل الأحناف فإنه

يحمل على الموسر وليس على المعسر ولأن في ذلك تضيقاً عليه، والقرآن

الكريم صرح بالإنظار ولم يذكر الملازمة. والله أعلم

المسألة الخامسة: أثر الوفاء في إنهاء المنازعات

إن الوفاء بالتزامات من مقاصد الشريعة الإسلامية الذي دعت إليه في

(١) رواد الإمام مسلم في صحيحه، صحيح مسلم (١١٩١/٣) كتاب المساقاة

باب استحباب الوضع من الدين ط/ بيروت.

(٢) عمر بن عبد العزيز بن مروان بن الحكم الأموي القرشي أبو حفص الخليفة

الصالح والملك العادل خامس الخلفاء الراشدين ولد ونشأ بالمدينة وتولى إمارتها

في زمن الوليد وأخباره في عدله وسياسته كثيرة، توفي سنة ١٠١ هـ، الأعلام

(٥٠/٥)، شذرات الذهب (١١٩/١)، حلية الأولياء (٢٥٣/٥)، تهذيب

التهذيب (٤٧٥/٧).

(٣) بداية المجتهد (٢٣٧/٢).

كثير من نصوصها، ويدعو إلى ذلك أيضا كل عقل سليم ومنطق معتدل فإن تحلل الفرد من واجباته التي تقع على عاتقه يؤدي إلى أضرار جسيمة عليه فتجعله في تلك الحالة يشعر بعدم الطمأنينة لما فعل، وذلك أيضا يفقده احترام الآخرين له ويتعرض لاعتداء غيره عليه لأنهم يعاملونه بالمثل فلا يعطونه ما يستحقه من حقوق عندهم حيث قد سبق له أن تحلل من واجب عليه هو حق لغيره.

كما يؤدي عدم الوفاء إلى أضرار خطيرة بين الأفراد فتتنقضي الثقة بين المتعاملين ويغيب الاطمئنان إلى التصرفات الصادرة لعدم إنتاجها حقوقا مضمونة الوفاء تجاه الغير، كما تختفي الأمانة بين الأفراد، وتسود الخيانة، وبهذا يسيطر القادر على العاجز، وتنتشر الخلافات بين الأفراد، وتكثر المشاكل في كافة المعاملات وتكثر المنازعات والمشاجرات فيصبح المجتمع - بانعدام الوفاء - مجتمعا متخلفا خُلِقيا ودينيا واجتماعيا ثم ينحدر بعد ذلك اقتصاديا، وبعدم الوفاء ينغمس المجتمع في البغضاء والحقد وتكثر الشحناء وتسود الفوضى والاضطرابات ولخلق مجتمع سليم قوى ألزم الإسلام كل مسلم بالوفاء بما التزم به حتى تسود المحبة والألفة والإخاء.

المطلب السادس
إنهاء النزاع في الديون بالظفر بالحق المتنازع عليه
وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: معنى الظفر، وحكمه

المسألة الثانية: شروط الظفر بالحق

رَفْعُ
عبد الرحمن النجدي
أُسَلِّمُ إِلَيْهِ الْفَرْدُوسِ
www.moswarat.com

المسألة الأولى: معنى الظفر

أن يظفر الرجل بمال لغريم له جحده حقه، ولا بينة للظافر بهذا الحق المجحود كأن يكون له على رجل دين ولا بينة له بهذا الدين ولهذا المدين وديعة عند صاحب الحق فيطلب صاحب الحق حقه من المدين فيجحده ولا بينة له به فيجحد هو الوديعة التي عنده للمدين ظافرا بذلك حقه أو جزء من حقه أو يظفر بمال لغريمه^(١).

والفرق بين الظفر بالحق والمقاصة:

قد يتوهم البعض أن الظفر بالحق ما هو إلا نوع من المقاصة حيث يحصل فيه صاحب الحق على حقه أو على ما يماثل حقه المجحود، والحق أن الظفر بالحق يختلف عن المقاصة لأن في الظفر يكون الحق متنازعا عليه والمقاصة يشترط فيها الخلو من التراع وهذا غير متحقق في الظفر.

المسألة الثانية: حكم الظفر بالحق

اتفق الفقهاء على جواز الظفر بالحق ديانة لا قضاء.

ونصوا على أن هناك حقوقا لا يجوز استيفائها بالظفر بل لابد من رفع الأمر فيها للقضاء، ومن الحقوق ما يجوز استيفائها دون رفع الأمر للقضاء، ومنها ما هو مختلف فيه.

فاتفقوا على أنه لا يجوز استيفاء العقوبات كالقصاص والحد والتعزير بغير الرفع للقضاء لأن هذه الأمور تقع على النفس فخطرها عظيم فالفئات فيها

(١) مغني المحتاج (٤/٤٦١).

لا يعوض، والخطأ فيها لا يستدرك فوجب الاحتياط في إثباتها ولا يتحقق ذلك إلا بالرفع إلى الحاكم، وكذلك إذا ترتب على أي حق خوف الفتنة أو مفسدة تزيد على مفسدة ضياع المال، وكذلك إذا كان المدين مقرا بما عليه ففي كل هذه الحالات لا يجوز استيفاء الحق بغير اللجوء إلى الحاكم^(١).

واتفقوا أيضاً على أن هناك حقوقاً يجوز استيفاؤها بغير القضاء وذلك كتحويل الأعيان المستحقة مثل العين المغصوبة بشرط ألا يترتب على هذا الاستيفاء فتنة أو مفسدة عظيمة^(٢).

واشترط الشافعية شرطاً آخر وهو ألا يكون قد تعلق بها حق الغير^(٣). وكذلك نفقة الزوجة والأولاد وما يكون في درجتها واستدلوا على ذلك بحديث هند بنت عتبة^(٤) حيث قال لها النبي ﷺ: «خذي ما يكفيك وولديك

(١) البحر الرائق شرح كتر الدقائق (١٩٢/٧) المطبعة العلمية، مغنى المحتاج (٤٦١/٤)، فتح الباري لابن حجر (٦٧/٥)، الوجيز للغزالي (٢٦٠/٢) دار المعرفة، تهذيب الفروق (١٢٣/٤) ط/ عالم الكتب، كشف القناع (٢١١/٤)، ط/ مكتبة النصر الحديثة.

(٢) المراجع السابقة نفس الجزء والصفحة.

(٣) مغنى المحتاج (٤٦١/٤).

(٤) هند بنت عتبة بن ربيعة بن عبد شمس القرشية الهاشمية امرأة أبي سفيان وهي أم معاوية أسلمت في الفتح بعد إسلام زوجها توفيت في خلافة عمر بن الخطاب. أسد الغابة (٢٩٢/٧، ٢٩٣).

بالمعروف»^(١) وقول النبي ﷺ لها على سبيل الإفتاء لا القضاء.
ثم اختلفوا فيما سوى ذلك من الحقوق التي لا بينة لصاحبها عليها مع
إنكار مَنْ هي عليه.

وقد اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: أنه يجوز الاستيفاء بالظفر بالحق وأن يستقل بذلك سواء
كان هذا المال من جنس حقه أو من غير جنسه إلا أنه إذا وجد الجنس لا
يجوز له أن يأخذ من غير الجنس وهو قول الشافعية والمخرج عند الحنابلة
والرواية الأخرى للإمام مالك وابن أبي ليلى^(٢). وهذا هو الاتجاه الموسع لهذه
المسألة.

المذهب الثاني: أنه لا يجوز الاستيفاء بالظفر بالحق مطلقاً لا من الجنس
ولا من غيره وهذا هو الاتجاه المضيق لهذه المسألة وهو مذهب الحنابلة
والمشهور عند الإمام مالك^(٣).

(١) رواه البخاري عن عائشة وقال الشوكاني رواه الجماعة إلا الترمذي صحيح
البخاري كتاب النفقات باب إذا لم ينفق الرجل حاشية السندي (٢٨٩/٣)
ط/ الحلبي، نيل الأوطار (٣٢٣/٦).

(٢) إعلام الموقعين (٢٢/٤) دار الحديث، مغني المحتاج (٤٦١/٤، ٤٦٢)، فتح
الباري (٦٧/٥)، المهذب (٣١٩/٢) ط/ الحلبي، الوجيز (٢٦٠/٢)، المغني
(٣٢٥/٩) وما بعدها، حاشية الدسوقي (٢٢٥/٤).

(٣) المغني (٣٢٥/٩) وما بعدها، إعلام الموقعين (٢٢/٤)، كشف القناع
(٢١١/٤) مكتبة النصر الحديثة، حاشية الدسوقي (٢٢٥/٤).

المذهب الثالث: أنه يجوز الاستيفاء بالظفر بالحق إذا كان من الجنس فقط فإن كان من غير الجنس فلا يجوز الظفر بالحق حيث^(١) وهو الاتجاه الوسط في هذه المسألة وهو مذهب الأحناف^(٢).

الأدلة:

استدل من قال بجواز الظفر بالحق بأدلة من الكتاب والسنة:
أما الكتاب:

- (١) قوله تعالى: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾ [الشورى: ٤٠].
(٢) قوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤].

- (٣) قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾ [النحل: ١٢٦].

وجه الدلالة:

فقد دلت الآيات على جواز العقاب بالمثل، وأخذ الحق عند الظفر به مجازاة بالمثل، وعقاب بالمثل أيضاً.

ومن السنة:

- (١) أن هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان دخلت على رسول الله ﷺ

(١) وقال ابن عابدين غير أن المفتى به اليوم جواز الأخذ من جنس الحق أو من غير

جنسه لفساد الذمم والمماثلة في أداء الدين. حاشية ابن عابدين (١/٣٨٠).

(٢) البحر الرائق (٧/١٩٢)، غمز عيون البصائر (١/٢٨٥)، الفقه الإسلامي

وأدلته (٤/٢٦) دار الفكر.

فقالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفى بني إلا ما أخذت من ماله بغير علمه فهل عليّ في ذلك جناح؟ فقال: خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك^(١).
وجه الدلالة من الحديث:

فالحديث دل على جواز الأخذ بدون العلم في أمور النفقة وكان قول النبي ﷺ لها على سبيل الإفتاء لا القضاء.

(٢) وما رواه عقبة بن عامر رضي الله عنه^(٢) قال: قلنا يا رسول الله إنك تبعثنا فنترل بقوم لا يُقرُّننا فما ترى فيهم فقال لنا: إن نزلتم بقوم فأمر لكم بما ينبغي للضيف فاقبلوا فإن لم يفعلوا فخذوا منهم حق الضيف^(٣).

وجه الدلالة من الحديث:

أن المراد الأخذ ظفراً بالحق دون علم من هو عليه إذ أن قرى الضيف واجب.

هذا في أخذ الجنس أما في غير الجنس فلا يجوز إلا إذا تعذر أخذ الجنس، وإذا أخذ غير الجنس فيدفعه للحاكم ليبيعه ويستوفي الدائن حقه من ثمنه.

(١) سبق تخريج الحديث (ص ٣٢٥).

(٢) عقبة بن عامر بن عباس بن عمرو بن عدي بن عمرو يكنى أبا حماد شهد صفين مع معاوية، وشهد فتوح الشام كان من أحسن الناس صوتاً بالقرآن. أسد الغابة (٤/٥٣، ٥٤).

(٣) صحيح البخاري في المظالم باب قصاص المظلوم إذا وجد مال ظالمه (١٧٢/٣) ط/ الشعب فتح الباري شرح صحيح البخاري (٥/٦٧).

وبهذا يكونوا قد احتاطوا لما قد يحصل من الضرر والتجاوز والاعتداء من قبل من يريد أخذ حقه بغير قضاء^(١).

واستدل من قال بعدم الجواز بأدلة من الكتاب والسنة والمعقول.
من الكتاب:

(١) قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٥٨].

ومن السنة:

(١) قول النبي ﷺ: «أد الأمانة لمن ائتمنك ولا تخن من خانك»^(٢).

وجه الدلالة من الحديث:

أن الحديث نهي عن الخيانة ومن يأخذ من غيره حقا بغير إذنه ولو قدر حقه فقد خانه.

ومن المعقول:

أن الأخذ من غير الجنس معاوضة وهي لا تحل إلا بالتراضي، قال تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

وإن أخذ من جنس حقه فليس له تعيين الحق بغير رضا صاحبه^(٣).

(١) مغنى المحتاج (٤/٤٦٣).

(٢) أخرجه أبو داود وغيره سنن أبي داود (٢/٢٦٠) حديث رقم (١٣٧١) ط/

الحلي، نيل الأوطار (٥/٢٩٧).

(٣) المغنى (٩/٣٢٦) وما بعدها، أحكام القرآن لابن العربي (١/١١٢) ط/ الحلي.

واستدل من قال بجواز الأخذ من الجنس فقط وإلا فلا يجوز. بأدلة المذهب الأول الدالة على جواز الأخذ من الجنس إلا إنهم تمسكوا بكلمة المثل الواردة في الآيات وغير الجنس لا يكون مثلاً.

ولأن أخذ الحق من الجنس استيفاء وصاحب الحق يستقل بالاستيفاء بخلاف أخذ غير الجنس فإنه معاوضة وهي لا تحل إلا بالتراضي من العاقلين معاً كما دلت عليه صريح الآية السابقة^(١).

الرأي المختار: بعد عرض المذاهب والأدلة أرى - والله أعلم - رجحان مذهب الحنابلة والمالكية في المشهور بعدم جواز الظفر بالحق سواء كان من جنسه أو من غير جنسه لقوة أدلتهم أما أدلة المذهب الأول فنوقشت بما يأتي:

(١) أما حديث هند فإن فيه فرقاً بين ما أباحه الحديث وبين مسألة الظفر من وجوه:

أولاً: أن حق الزوجة واجب في كل وقت، والمخاصمة والمحاكمة في كل وقت فيها مشقة ظاهرة لذلك أجاز لها النبي ﷺ الأخذ بنفسها بخلاف مسألة الظفر.

ثانياً: أن حق النفقة على الزوجة والأولاد من الحقوق التي اتفق الفقهاء على جواز استيفائها.

ثالثاً: أن قيام الزوجة كقيام البينة فصار الحق معلوماً والظفر إنما يكون

(١) البحر الرائق (١٩٢/٧)، حاشية الحموي على الأشباه (٢٨٥/١).

فيما يُنكر من الحقوق.

رابعاً: لتبسط المرأة في مال زوجها بحسب العادة ما يؤثر في إباحة أخذ الحق بخلاف الأجنبي.

خامساً: أن النفقة تراد لإحياء النفس وهذا مما لا يصبر عليه ولا سبيل إلى تركه.

أما حديث عقبة فالمراد منه فخذوا منهم برضاهم أو اطلبوا منهم حق الضيف.

وأيضاً فإن في ترجيح القول بعدم الجواز مطلقاً تحقيقاً للمصلحة العامة فإن المصلحة تقتضي أن تقفل الأبواب، وأن تسد الذرائع التي تؤدي إلى الفتن والتزاع والشقاق ومنها السماح للأفراد بتحصيل حقوقهم بأنفسهم من غير تدخل القضاء فيحصل بذلك الفوضى والتزاع في المجتمع فإن على صاحب الحق أن يسلك الطرق المعهودة لاستيفاء حقه ولا يثنيه عن ذلك عدم وجود بينة تثبت حقه أو أن غريمه منكر لحقه فإن وسائل الإثبات تستطيع بالرغم من ذلك إثبات هذا الحق، نعم إذا وجد عين الحق الذي له كأن وجد العين المغصوبة نفسها وتأكد من عدم وقوع ضرر أو مفسدة من ذلك فله الأخذ تحقيقاً للمصلحة^(١).

(١) المراجع السابقة نفس الجزء والصفحة.

المسألة الثانية: شروط الظفر بالحق

والقائلون بجواز الظفر بالحق اشترطوا لذلك شروطاً منها:

(١) أن يكون الذي عليه الحق منكراً له ممتنعاً عن أدائه فإن كان غير ممتنع فلا يحل لصاحب الحق أن يأخذ شيئاً من ماله فإن أخذ فهو آثم ويلزمه رده وإن كان الذي عليه الحق مقراً به ممتنعاً عن أدائه فلا يجوز الظفر حينئذ لإمكان تحصيل الحق بواسطة الحاكم.

(٢) أن يكون الدين حالاً فإن كان مؤجلاً لم يحل أجله بعد فلا يجوز لصاحب الحق أن يظفر بشيء من مال غريمه.

(٣) ألا يؤدي الأخذ بالظفر إلى فتنة أو مفسدة عظيمة، فإن ترتب عليه فتنة أو مفسدة عظيمة تزيد على فتنة ضياع الحق على صاحبه فلا يجوز له الأخذ.

(٤) ألا يمكن تحصيل الحق عن طريق الحاكم فإن أمكن تحصيله بواسطة الحاكم بالرغم من عدم وجود بينة به وإنكاره ممن هو عليه فلا يجوز الأخذ حينئذ.

(٥) أن يكون الدين حقاً خالصاً للعبد، فإن كان حق الله كالزكاة مثلاً فليس لمستحقها أن يظفر بها من مال من وجبت عليه.

(٦) ألا يأخذ من غير الجنس إلا إذا تعذر له الأخذ من الجنس على أنه إن أخذ من غير الجنس يدفعه إلى الحاكم لبيعه ويستوفي حقه من ثمنه ويرد الباقي إن زاد على قدر حقه^(١).

(١) معنى المحتاج (٤/٤٦١، ٤٦٢)، المذهب (٢/٣١٩)، الوجيز (٢/٢٦٠).

وبهذه الوسائل ينتهي التراع في الديون فإذا لم يحصل بإحدى هذه الوسائل فلا يبقى إلا القضاء ليفصل في الخصومة بحكم قاطع حسب البيانات وطرق الإثبات. والله أعلم

الفصل الرابع التنازع في العين

ويشتمل على تمهيد وخمسة مباحث:
التمهيد: في تعريف العين وصور التنازع فيها.
المبحث الأول: إنهاء النزاع في العين بالصلح.
المبحث الثاني: إنهاء النزاع في العين بالتحكيم.
المبحث الثالث: إنهاء النزاع في العين بالوفاء.
المبحث الرابع: إنهاء النزاع في العين بالإبراء.
المبحث الخامس: إنهاء النزاع في العين بالظفر بها.

التمهيد: في تعريف العين وصور النزاع فيها

والعين: كل ما يحتمل التعيين مطلقاً جنساً، ونوعاً، وقدرًا، وصفة، واستحقاقاً كالعروض من الثياب، والعقار من الأرض والدور، والحيوان، والدواب، والمكيل من الحنطة والموزون من الحديد^(١).

وهي عكس الدين وهي تثبت في الذمة بعينها وليست بوصفها.

والعين قد تكون مغصوبة عند شخص فيطالبه صاحبها بها، وقد تكون

مبيعا في بيع أو مسلماً فيه في سلم فيقع النزاع فيه عند السليم.

المبحث الأول: إنهاء النزاع في العين بالصلح

فإنه إذا ادعى عينا وأنكر المدعى عليه أوسكت ودفع المدعى إلى المدعى

عليه بطريق الصلح شيئاً وأخذ العين كان ذلك الصلح جائزاً^(٢).

والصلح عن الأعيان قسمان:

(أ) صلح الخطيئة: وهو الصلح الجاري على بعض العين المدعاة.

والخطيئة في اللغة: حطّ بمعنى نزل من الثمن كذا وكذا وما يحط من جملة

الحساب فينقص منه^(٣).

وشرعاً: هو الصلح الجاري على بعض العين المدعاة كمن صالح من الدار

المدعاة على نصفها، أو ثلثها فهذا يعتبر هبة بعض المدعى لمن في يده^(٤).

وقد اختلف الفقهاء في حكم هذا الصلح على مذهبين هما:

(١) المعجم الوجيز (ص ٤٤٣)، بدائع الصنائع (٧/٤٧٢).

(٢) الهداية على فتح القدير (٢/٤١١، ٤١٢).

(٣) المعجم الوجيز (ص ١٥٨)، لسان العرب مادة حطّ.

(٤) الحاوي للماوردي (٦/٣٦٧)، نهاية المحتاج (٤/٣٨٤)، روضة الطالبين

(٤/١٩٣).

المذهب الأول: أنه جائز، ويعد من قبيل هبة بعض المدعى لمن هو في يده فيجوز ذلك وتثبت فيه أحكام الهبة سواء وقع بلفظ الصلح أو بلفظ الهبة ويشترط فيه ما يشترط في الهبة من قبول قبل موت الواهب^(١) وقبل جنونه أو مرضه المتصلين بموته وقبل فلسه.

وهذا مذهب المالكية^(٢) والأصلح عند الشافعية^(٣) وقول عند الأحناف^(٤) ورواية عن الإمام أحمد^(٥).

المذهب الثاني: أن هذا الحطّ إن وقع بلفظ الهبة فهو صحيح ويجوز، وإن كان بلفظ الصلح فلا يجوز، فهم لا يجيزون صلح الخطيئة وهو مذهب الحنابلة^(٦) وقول عند الأحناف^(٧) ومقابل الأصح عند الشافعية^(٨).

(١) وذكر الشيخ الدسوقي من فقهاء المالكية أنه ليس المراد بالهبة هنا حقيقتها حتى يُحتاج فيها إلى القبول من المدعى عليه قبل موت الواهب الذي هو المدعى بل المراد بها الإبراء وحينئذ فلا يشترط فيها قبول ولا تجدد حيازة على المعتمد وعزاه للعدوى. حاشية الدسوقي (٣/٣١٠).

(٢) حاشية الدسوقي (٣/٣١٠)، حاشية الخرشى (٦/٢)، مواهب الجليل من أدلة خليل للشنقيطى (٤/٤).

(٣) روضة الطالبين (٤/١٩٤)، نهاية المحتاج (٤/٣٨٤)، الحاوي (٦/٣٧٨).

(٤) فتح القدير (٨/٤١٢)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (٤/٣٩٩).

(٥) المغنى (٧/١٥، ١٦).

(٦) كشف القناع (٣/٣٩١، ٣٩٢).

(٧) فتح القدير (٨/٤١٢).

(٨) روضة الطالبين (٤/١٩٤)، المجموع (١٣/٦٨، ٦٩).

وحجة المذهب الأول: أن هذا صلح قد سبقته خصومة وترتب عليه إزالة تلك الخصومة ورفعها وتحقيق الرضا فيجوز.

وحجة المذهب الثاني: أن لفظ الصلح يتضمن المعاوضة ولا عوض للمتروك ومحال أن يقابل الإنسان ملكه بملكه فهو هضم للحق^(١).

وعلى هذا فللمدعى الادعاء بعد ذلك بباقي الدار لأن الصلح إذا وقع على بعض العين المدعاة يكون المدعى قد استوفى بعض حقه وأسقط البعض الآخر إلا أن الإسقاط في الأعيان باطل.

كما أن بعض المدعى به لا يكون عوضاً عن كله فيؤدى ذلك إلى أن يكون الشيء عوضاً عن نفسه^(٢).

والراجح المذهب الأول لتضمن الصلح قطع النزاع وإزالة الخصومة^(٣).

المطلب الأول: لو صالحه على منفعة العين المدعاة

فإن صالحه على منفعة العين المدعاة بأن صالحه عن دار ادعى عليه بها فافر له بما فصالحه على سكنها مدة معينة أو إقامة غرفة فوقها أو غير ذلك من أوجه الانتفاع فهل ذلك يجوز؟

اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين:

المذهب الأول: الجواز ويعتبر إعاره فتثبت فيه أحكامها فإن عين مدة

(١) تكملة المجموع (١٣/٦٨، ٦٩)، كشف القناع (٣/٣٩١).

(٢) قالوا والمخرج فيه بأحد أمرين إما أن يزيد درهما في بدل الصلح فيصير ذلك

عوضاً عن حقه فيما بقى أو يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي. فتح

القدير (٨/٤١٢).

(٣) المغنى لابن قدامة (٧/١٥، ١٦).

فإعارة مؤقتة وإلا فمطلقة، وله أن يرجع فيها متى شاء ومتى رجع لم يستحق أجره للمدة الماضية على الصحيح لأنها عارية، وقيل يستحق لأنه قابل به رفع اليد عنها وهو عوض فاسد فيرجع بأجرة المثل^(١) وهو مذهب الأحناف والأصح عند الشافعية.

وحجتهم: أن المدعى متصرف في ملك نفسه باستيفاء المنفعة لنفسه في المدة المشروطة فكان كل واحد منهما متصرف في ملك نفسه في زعمه فيجوز^(٢).

المذهب الثاني: عدم الجواز، وهو قول المالكية والحنابلة ووجه عند الشافعية وحجتهم أنه صالح عن ملكه على منفعة ملكه فكأنه ابتاع داره بمنفعتها وهو لا يجوز^(٣).

والراجح المذهب الثاني:

القسم الثاني: صلح المعاوضة

وهو الذي يجرى على غير العين المدعاة بأن يدعى عليه داراً فيقر له بها ثم يصلحها منها على عبد أو ثوب أو دار أخرى فهذا النوع حكمه حكم البيع وإن عُقد بلفظ الصلح^(٤).

وهو جائز باتفاق الفقهاء ويثبت فيه أحكام البيع وذلك كحق الشفعة،

(١) روضة الطالبين (٤/١٩٧)، نهاية المحتاج (٤/٣٨٤).

(٢) بدائع الصنائع (٧/٤٨٢).

(٣) التاج والإكليل للمواق على المواهب (٥/٨١)، المغني (٧/١٦)، كشف

القناع (٣/٣٩٢، ٣٩٣).

(٤) روضة الطالبين (٤/١٩٣)، الحاوي (٧/٣٦٧)، المجموع (١٣/٦٧).

وحق الرد بالعيب وخيار المجلس والشرط، ومنع التصرف قبل القبض ويشترط فيه معلومية البدلين والتقابض في المجلس والقدرة على التسليم. وهذا الصلح يفسد بالغرر والجهالة والشروط المفسدة للبيع^(١).

ويشترط فيه أهلية المصالح والمصالح^(٢).

فإن اختل شرط البيع لم يصح هذا الصلح كأن يقترن بشرط فاسد مثل أن يصالحه على ثوب ويشترط عليه ألا يلبسه أو لا يبيعه، أو يصالحه بشيء مجهول، أو بنجس أو غير مقدور على تسليمه^(٣).

أما لو صالحه من العين المدعاة على منفعة عين أخرى فلا خلاف في جواز هذا الصلح ويكون إجارة تثبت فيه حكم الإجازات^(٤).

ويشترط فيه ما يشترط في الإجارة، ولأنه بيع منافع فيبطل بتلف الدار وموت العبد لا عتقه أو بيعه أو هبته كسائر الإجازات.

فإن كان التلف قبل استيفاء شيء من المنفعة انفسخت ورجع بما صالح عنه، وإن كان التلف بعد استيفاء بعض المنفعة انفسخت فيما بقى ورجع بقسط ما بقى من المدة^(٥).

ومن شروط هذا الصلح أن المصالح به إذا كان منفعة فلا بد أن يكون المدعى به حاضرا فلو كان دينا في الذمة فلا يجوز الصلح عليه بمنافع لأنه

(١) نهایة المحتاج (٣٨٣/٤)، روضة الطالبين (١٩٣/٤).

(٢) مواهب الجليل للحطاب (٨٠/٥)، تبصرة الحکام (٤٩/٢).

(٣) حاشية الدسوقي (٣٠٩/٣)، الذخيرة (٣٤٧/٥)، حاشية الخرشى (٢/٦).

(٤) روضة الطالبين (١٩٣/٤)، نهایة المحتاج (٣٨٣/٤).

(٥) كشف القناع (٣٩٤/٣)، مواهب الجليل للحطاب (٨١/٥).

يؤدي إلى فسخ الدين في الدين وهو لا يجوز^(١).

وكل منفعة يجوز استحقاقها بعقد الإجارة يجوز استحقاقها بالصلح حتى أنه إذا صالح على سكنى دار بعينها إلى مدة معلومة يجوز وإن قال أبدًا أو حتى الموت لم يجز وكذلك إن صالحه على أن يزرع له أرضا بعينها سنين مسماه يجوز، وبدون بيان المدة لا يجوز كما في الإجارة^(٢).

المطلب الثاني: الصلح بين المدعى والأجنبي وصور ذلك

ويتحقق هذا الصلح: بأن يدعى رجل على رجل حقا فينكره فيأتي أجنبي [رجل ثالث] إلى المدعى ويقول له أنت محق وصادق في دعواك فصالحني عليها^(٣).

وحكمه الجواز:

قال الإمام الشافعي: [لا بأس أن يقرّ رجل عن المدعى عليه ثم يؤدي للمدعى ما يتفقان عليه فيكون صحيحاً]^(٤).

وإن كان ثمة اختلاف في بعض الصور وذلك لأن صلح الأجنبي هذا إما أن يكون عن إقرار أو إنكار من المدعى عليه. وفي كل إما أن يكون المدعى عليه قد أذن للأجنبي في الصلح أو لم يأذن وفي كل إما أن يكون المصالح عنه عينا أو دينا في الذمة.

(١) حاشية الدسوقي (٣/٣١٠)، مواهب الجليل من أدلة خليل (٤/٤).

(٢) المبسوط للسرخسي (٢٠/١٤٤).

(٣) تكملة المجموع (١٣/٧٣).

(٤) الحاوي للماوردي (٦/٣٧٣).

فإن كان الأجنبي قد صالح عن المدعى عليه بإذنه^(١) فإنه يصح الصلح ويكون الأجنبي وكيلًا عن المدعى عليه في الصلح وهذا على مذهب الأحناف والمالكية.

وبناءً على هذا يجب المال المصالح به على المدعى عليه دون الوكيل إلا إذا ضمنه الوكيل^(٢) وذلك سواء كان الصلح عن إقرار أو إنكار. ويلزم المصالح ما صالح به^(٣).

فإن المالكية قد خالفوا الأحناف في ذلك فقالوا إن الوكيل يضمن وإن لم يقل أنا ضامن قالوا لأنه قضى عن الذى عليه الحق^(٤).

أما الشافعية: فإنهم فرقوا بين ما إذا كان المدعى به عينًا أو دينًا في الذمة، فإن كان عينًا فالصلح صحيح لأن دعوى الإنسان الوكالة في المعاملات مقبولة.

هذا في حالة الإقرار فإن كان المدعى عليه منكرًا ظاهرًا فجاء أجنبي فقال أقرّ المدعى عليه عندي ووكلي في مصالحتك إلا أنه لا يُظهر إقراره لئلا تترعه منه فصالحه صح الصلح، فإن قال هو منكر ولكنه مبطل فصالحني له

(١) سماه بعض الأحناف التوكيل بالصلح. تكملة فتح القدير (٤٢٢/٨).

(٢) لأنه حينئذ يكون مؤاخذًا بعقد الضمان لا بعقد الصلح. العناية على الهداية

مطبوع على تكملة فتح القدير (٤٣٢/٨).

(٣) تبصرة الحكام لابن فرحون (٤٩/٢).

(٤) يراجع في مذهب الأحناف والمالكية العناية على الهداية (٤٢٢/٨، ٤٢٣)،

البحر الرائق (٢٥٩/٧)، المواهب للحطاب (٨١/٥)، الذخيرة (٣٦٤/٥)،

تبصرة الحكام (٤٩/٢).

على داري هذه لتقطع الخصومة بينكما فوجهان أصحهما لا يصح هذا الصلح لأنه صلح إنكار والثاني يصح لأن الاعتبار في شروط العقد بمن يباشره وهما متفقان^(١).

فإن صالح الوكيل عن العين المدعاة لنفسه بعين من ماله أو دينا في ذمته فيصح الصلح للأجنبي وكأنه اشتراه ولو لم يجرى مع الأجنبي خصومه لأن الصلح ترتب على دعوى وجواب خلافا لما قاله بعض العلماء^(٢) من أنه يأتي فيه الخلاف فيما لو قال من غير سبق خصومة صالحني^(٣).

فإن كان المدعى به دينا في الذمة جاز أن يصالح أجنبيا عنه بعد الإقرار ففي الدين يشترط الإقرار وذلك لأن الصلح إنما يوجب إسقاط الدين والبراءة منه وإذا كان كذلك فمن شرط هذا الصلح أن يقر عنه الأجنبي فيقول حقت ثابت على فلان فصالحني عنه، وفي حالة إذن المدعى للأجنبي في الصلح فيما أن يأذن له في الصلح عنه دون الأداء فيقول صالح عني وفي هذه الحالة لا رجوع له بما أداه في الصلح لأنه غير مأذون له في الأداء فصار متطوعا.

وإما أن يأذن له في الصلح والأداء فينظر في إذنه بالأداء فإن قال صالح وأد لترجع عليّ فله الرجوع عليه، وإن قال أدّ ولم يصرح بالرجوع ففي رجوعه وجهان.

هذا إذا كان الصلح بإذن المدعى عليه وكان عن إقرار منه للأجنبي فإن

(١) روضة الطالبين (٤/٢٠٠، ٢٠١).

(٢) كالإمام الجويني وغيره.

(٣) فمأية المحتاج (٤/٣٩١)، روضة الطالبين (٤/٢٠٠).

كان المدعى عليه منكراً فقيلاً على الوجهين والمذهب القطع بالصحة.
والفرق بينهما أنه لا يمكن تملك الغير عين ماله بغير إذنه ويمكن قضاء دينه بغير إذنه^(١).

أما الحنابلة:

فقالوا إنه في حالة إذن المدعى عليه للوكيل في الصلح عنه فلا ينظر إلى المدعى به ويصح الصلح سواء كان المدعى به عيناً أو ديناً في الذمة سواء اعترف الأجنبي للمدعى بصحة دعواه على المنكر أو لم يعترف له بصحتها حتى ولو لم يذكر الأجنبي أنه وكله عنه في الصلح.
وذلك لأنه افتداء للمنكر من الخصومة وإبراء له من الدعوى.
وإذا صالح عنه بإذنه فهو وكيله، ويرجع عليه بما دفع عنه بإذنه إن نوى الرجوع عليه بما دفع.

فإن قال الأجنبي للمدعى أنا وكيل المدعى عليه في مصالحتك عن العين وهو مقر لك بها في الباطن وإنما يجحدك في الظاهر.
فظاهر كلام الخرقي^(٢) من الحنابلة لا يصح الصلح لأنه يجحدها في

(١) يراجع في مذهب الشافعية، روضة الطالبين (٤/٢٠٠، ٢٠١)، الحاوي للماوردي (٦/٣٧٣)، فمأية المحتاج (٤/٣٩٠، ٣٩١)، تكملة المجموع (١٣/٧٣، ٧٤).

(٢) عمر بن الحسين بن عبد الله الخرقي أبو القاسم فقيه حنبلي من أهل بغداد رحل عنها لما ظهر فيها سب الصحابة توفي بدمشق له تصانيف كثيرة احترقت وبقي منها المختصر في الفقه يعرف بمختصر الخرقي توفي سنة ٣٣٤ هـ.
الأعلام (٥/٤٤)، وفيات الأعيان (١/٣٧٩)، طبقات الحنابلة (٢/٧٥).

الظاهر لينقص المدعى بعض حقه فهو مضم للحق وقيل^(١) يصح هذا الصلح^(٢).

وفي حالة عدم الإذن للأجنبي في الصلح فإن هذا هو صلح الفضولي وهو جائز عند المالكية مطلقاً.

كما جاء في المواهب^(٣) ويضمن الفضولي ما صالح به.

أما الأحناف فقد فرقوا بين حالين:

إحدهما: أن يضيف الفضولي الصلح إلى نفسه كأن يقول للمدعى صالحني عن دعواك مع فلان فهذا الصلح صحيح ويضمن الفضولي بدل الصلح وليس له الرجوع على المدعى عليه ببدل الصلح الذي أداه طالما أن الصلح لم يكن بأمر المدعى عليه ولا فرق بين أن يكون الصلح عن إقرار أو إنكار.

قال في تحفة الفقهاء.

لأن التبرع بإسقاط الدين بأن يقضى دين غيره بغير إذنه صحيح، والتبرع بإسقاط الخصومة عن غيره صحيح فالصلح عن إقرار إسقاط للدين والصلح عن إنكار إسقاط للخصومة^(٤).

ثانيهما: أن يضيف الفضولي الصلح إلى المدعى عليه بأن يقول للمدعى

(١) وهو قول القاضي أبي يعلى من الحنابلة.

(٢) يراجع في مذهب الحنابلة المغني (١٠/٧، ١١)، كشف القناع (٣/٣٩٨)،

شرح منتهى الإرادات (٢/٢٦٤)، المبدع (٤/٢٨٧).

(٣) مواهب الجليل للحطاب (٥/٨١).

(٤) تحفة الفقهاء للسمرقندي (٣/٤٣٣).

تصالح مع فلان عن دعواك ولهذا خمسة أوجه يكون الصلح فيها لازماً للفضولي في أربع منها وموقوفاً في الخامسة.

وذلك لأن الفضولي إما أن يضمن بدل الصلح أو لا يضمن وإذا لم يضمنه فإما أن يضيف الصلح إلى ماله أو لا يضيفه وإذا لم يضيفه فإما أن يشير إلى نقد أو عرض أو لا يشير وإذا لم يشير فإما أن يسلم العوض أو لا يسلم.

فهذه خمسة أوجه يكون الصلح لازماً في الأربع الأولى لقوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلَحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ ﴾ [الحجرات: ١٠] وهذه الآية خاصة في صلح المتوسط.

وقوله تعالى: ﴿ وَالصُّلْحُ خَيْرٌ ﴾ [النساء: ١٢٨].

وجه الدلالة من الآية:

أن هذا عام في جميع أنواع الصلح لدخول الألف واللام على الصلح وهما لاستغراق الجنس.

ولأنه بالصلح في هذه الوجوه متصرف في مال نفسه بالتبرع بإسقاط الدين عن الغير بالقضاء من ماله إن كان غن إقرار وإن كان عن إنكار بإسقاط الخصومة فيصح تبرعه كما إذا تبرع بقضاء دين غيره من مال نفسه ابتداءً^(١).

أما في الخامسة وهي أن يطلق الفضولي ولا يكون ضامناً ولا مضيفاً إلى ماله ولا مشيراً إلى شيء ثم لا يسلم بدل الصلح وهذا يتوقف على إجازة المدعى عليه وفي الأربع الأولى يكون الفضولي متبرعاً بالبدل لأنه أجرى هذا

(١) بدائع الصنائع (٥٢/٦) بيروت.

العقد بلا أمر المدعى عليه.

وفي الخامسة إن أجازته المدعى عليه فيلزم بدل الصلح للمدعى عليه دون الفضولي لأنه التزم هذا البديل باختياره ولا يلزم الفضولي شيء.

فإن لم يجز المدعى عليه فإن الصلح في هذه الحالة باطل ولا فرق بين أن يكون المدعى عليه مقرأً أو منكرًا وبين أن يكون بدل الصلح عينًا أو دينًا^(١).

أما الشافعية: فإنهم فرقوا بين ما إذا كان المدعى به دينًا في الذمة أو عينًا قائمة فقالوا: إن كان المدعى به دينًا في الذمة جاز صلح الأجنبي عنه بعد الإقرار بدون إذنه وذلك لأن الصلح إنما يوجب إسقاط الدين والبراءة منه وذلك لا يفتقر إلى إذن من عليه الدين ألا تراه لو قضى الدين عنه بغير إذنه صح فكذلك إذا صالح عنه بغير إذنه صح. فإن كان المدعى به عينًا قائمة فصالح الفضولي عنها بغير إذنه ففيها وجهان:

أحدهما^(٢): أن الصلح جائز وذلك قياسًا على صلح ما في الذمة.

الثاني^(٣): أن الصلح باطل وذلك لأن في هذا الصلح تمليك عين فلم يصح بغير إذنه كمن اشترى لغيره شيئًا بغير إذنه، والوجهان متساويان في

(١) العناية على الهداية مطبوع على تكملة فتح القدير (٤٢٤/٨)، حاشية رد المختار على الدر المختار لابن عابدين (٦٣٥/٥) ط/ الحلبي، بدائع الصنائع (٥٢/٦).

(٢) وهو قول أبي العباس بن شريح وأبي علي الطبري وأبي حامد الغزالي.

(٣) وهو قول أبي الطيب بن سلمة وأبي سعيد الأصبخري.

الصحة^(١).

أما الحنابلة: فإنهم متفقون مع المالكية في جواز صلح الفضولي ولا فرق بين كون المصالح عنه عيناً أو ديناً فلا يرجع الأجنبي بشيء مما صالح به على المنكر إن دفع بدون إذنه لأنه أدى عنه مالا يلزمه فكان متبرعاً كما لو تصدق عنه هذا في حالة الإنكار ولم يتعرضوا لحالة الإقرار وقضاء الدين عن الغير جائز بإذنه ومن غير إذنه^(٢) فإن علياً وأبا قتادة^(٣) قضيا الدين عن الميت وأقرهما النبي ﷺ على ذلك^(٤).

فإن صالح الأجنبي المدعى بنفسه أى من غير إذن من المدعى عليه لتكون المطالبة للأجنبي على المدعى عليه حال كونه غير معترف بصحة الدعوى أو معترفاً بها والمدعى به دين في الذمة لم يصح مطلقاً، فإن كان المدعى به عيناً فإن كان الأجنبي منكراً لم يصح الصلح مطلقاً، وإن كان مقراً بها عالماً بعجزه عن استنقاذها لم يصح الصلح لكونه شراء ما لم يثبت للبائع ولم يتوجه إليه خصومة يفتدى منها.

(١) روضة الطالبين (٢٠٠/٤، ٢١٠)، الحاوي (٣٧٣/٦)، تكملة المجموع (٧١/١٣).

(٢) المغنى لابن قدامة (٩/٧)، كشف القناع (٣٩٨/٣).

(٣) الحارث بن ربيع الأنصاري الخزرجي السلمى أبو قتادة فارس رسول الله ﷺ اختلف في شهوده بدرًا توفي سنة ٥٤ هـ بالمدينة وقيل توفي بالكوفة في خلافة علي بن أبي طالب. الإصابة (٢٥٠/٦، ٢٥١).

(٤) الحديث أخرجه البيهقي في السنن كتاب الضمان باب وجوب الحق بالضمان (٣/٦) والدارقطني في البيوع (٧٨/٣).

وإذا علم الأجنبي أو ظن القدرة على استنقاذها من المدعى عليه صح إذا كان المدعى به عيناً فإن كان ديناً لا يصح مطلقاً.

وأخيراً:

بالتأمل في المذاهب نرى أنها تُجوزُ صلح الفضولي بغير إذن المدعى عليه والتفرقة بين حالة الإقرار والإنكار ينبغي ألا يوضع هذا في الاعتبار الشرعي ولا فرق أيضاً بين كون المدعى به عيناً أو ديناً، أما رجوع الأجنبي على المدعى عليه فمذهب الأحناف في ذلك أرجح المذاهب. لتفرقة بين الأحوال المختلفة هذا في حالة عدم الإذن أما في حالة الإذن فيرجع على المدعى عليه لأنه أذن له. والله أعلم

المبحث الثاني: إنهاء النزاع في العين بالتحكيم

المطلب الأول: تعريف التحكيم وحكمه

التحكيم لغة: مصدر حَكَّمَه في الأمر أى جعله حكماً وفوض الحكم إليه قال تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾ [النساء: ٦٥].

وشرعاً: تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهم^(١).

و(التولية) التنصيب وولاية التحكيم بين الخصمين ولاية مستفادة من آحاد الناس وهي شعبة من القضاء، متعلقة بالأموال دون الحدود والقصاص، في قضية خاصة فينفذ حكمهما فيما فوض إليهما^(٢).

(الخصمين) هما الفريقان المتنازعان فيشمل ما لو تعدد الخصوم ولذا أعيد عليهما ضمير الجماعة في قوله تعالى: ﴿هَٰذَانِ خَصِمَانِ اٰخْتَصَمُوْا فِى رَّبِّهِمْ﴾ [الحج: ١٩].

(حاكماً) يعم المفرد والمتعدد^(٣).

وقيل: التحكيم معناه تولية الخصمين حكماً رجلاً ليحكم بينهما بيينة أو إقرار أو نكول في غير حد وقود ودية على العاقلة لو صلح المحكم قاضياً^(٤).
فإن من شرط المحكم أن يكون حكمه بالبيينة أو الإقرار أو النكول ليكون موافقاً لحكم الشرع، وشرطه لنفوذ حكمه أن يكون حكمه في غير حد

(١) حاشية رد المختار لابن عابدين (٤٢٧/٥)، البحر الرائق لابن نجيم (٢٤/٧).

(٢) معين الحكام للطزابلسي (ص ١٢).

(٣) حاشية رد المختار (٤٢٨/٥).

(٤) تبين الحقائق للزيلعي (١٩٣/٤).

وقود ودية على العاقلة لأن التحكيم بمرتلة الصلح^(١) بينهما، وليس لهما ولاية على دمهما ولهذا لا يملكان إباحته، وكذا لا ولاية لهما على العاقلة فلا ينفذ حكم من حكماء على العاقلة ولا بد أن يتوافر فيه شروط القاضي^(٢) وهذا أرجح التعاريف وأشملها لو أضيف إليه شرط رضا

(١) والفرق بين التحكيم والصلح: أن الصلح عقد يتم بين أطراف النزاع بإنهاء خلافاتهم بتنازل كل منهم عن بعض حقه، والتحكيم تعهد من الطرفين بعرض خلافاتهم على من يقوم بحسمها بطريق القضاء، والصلح لا يقبل، الطعن بينما حكم المحكم يجوز فيه الطعن بطرق الطعن المقررة في القانون.

(٢) المحكم هو الشخص الذي ارتضاه طرفي الخصومة ليحكم بينهما ويرفع النزاع والخلاف الواقع بينهما بحكم الله تعالى حسب ما أدى إليه اجتهاده وقد وقع خلاف بين الفقهاء وهو هل التحكيم من باب الوكالة فمن قال ذلك اشترط في المحكم شروط الوكيل ومنهم من قال إن التحكيم من باب الولاية في حكم خاص وهؤلاء اشترطوا في المحكم شروط القاضي. المنتقى للباجي (٢٢٨/٥) مطبعة السعادة.

فلا بد في المحكم أن تتوافر فيه شروط القاضي أي أن يكون صالحاً لأن يتولى القضاء فيشترط فيه العقل والبلوغ والإسلام ويشترط الذكورية كما يشترط في القاضي إلا عند الأحناف وكذلك الحرية، وقال بعض المالكية يشترط أن يكون من أهل الاجتهاد فإن لم يكن مجتهداً فيجب أن يشاور العلماء ولا بد أن يكون معيناً، وألا يكون بين المحكم وأحد الخصمين قرابة تمنعه من الحكم، وألا يكون أحد الخصمين خلافاً للأحناف والحنابلة الذين قالوا يجوز ويمضي حكمه

الخصمين بالمحكم.

والتحكيم جائز مشروع^(١) وقد دلت على مشروعيته أدلة كثيرة منها:
(١) قوله تعالى: ﴿فَاتَّبِعُوا حُكْمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحُكْمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٣٥].
قال الإمام القرطبي إن هذه الآية دليل إثبات التحكيم^(٢) وقد نزلت هذه الآية في حق التحكيم بين الزوجين ومادام التحكيم قد جاز في حق الزوجين فهذا يدل على جوازه في سائر الحقوق والدعاوى^(٣).

(٢) قوله تعالى: ﴿فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ﴾ [المائدة: ٤٢].
والمعنى إن جاءوك متحاكمين إليك فيما اختلفوا فيه فاحكم بينهم ثم إن الآية خيّرت النبي في أن يحكم بينهم أو أن يعرض عنهم وهذه حقيقة التحكيم^(٤).

=

إن لم يكن جوراً بيناً. حاشية رد المحتار (٤٣١/٥)، شرح فتح القدير (٤١٠/٦)، حاشية الدسوقي (١٣٥/٤).

(١) وذهب بعض الأحناف وقول عند الشافعية إلى عدم جواز التحكيم وقالوا لا يقال بعدم صحة التحكيم ولكن لا يفتى بهذا القول بل يحتاج إلى حكم حاكم كى لا يتجاسر العوام فيه ويحكموا أمثالهم فيحكم المحكم بجهله بغير ما شرع الله تعالى من الأحكام وهذه مفسدة عظيمة ولذلك افتوا بمنعه. حاشية رد المحتار (٤٣٠/٥)، مغنى المحتاج (٣٧٩/٤).

(٢) تفسير القرطبي (١٨٤٠/٢).

(٣) تبين الحقائق (١٩٣/٤)، بدائع الصنائع (٣/٧)، شرح مجلة الأحكام (٦٣٩/١٦)، شرح فتح القدير (٤٠٦/٦).

(٤) أحكام القرآن لابن العربي (٦١٨/٢) ط/ عيسى الحلبي.

- (٣) قوله تعالى: ﴿تَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ هَدْيًا بَلِغَ الْكَعْبَةِ﴾ [المائدة: ٩٥].
وهذه الآية من أهم الأدلة على مشروعية التحكيم في الإسلام ولهذا احتج بها سيدنا علي بن أبي طالب عليه السلام على الخوارج لما عارضوه عندما تحاكم هو ومعاوية فيما حدث من اختلاف بينهما إلى رجلين من المسلمين^(١).
- (٤) أن النبي صلى الله عليه وآله رضى بتحكيم سعد بن معاذ^(٢) رضي الله عنه في أمر اليهود من بني قريظة حين رضوا بالتزول على حكمه^(٣).
- (٥) ما روي أن رسول الله قال لأبي شريح^(٤) إن الله هو الحكم فلم تكني أبا الحكم؟ قال: إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم فرضي كل من الفريقين بحكمي. فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: ما أحسن هذا فمن أكبر ولدك؟ قال: شريح. قال: فأنت أبو شريح^(٥).

(١) المدونة للإمام مالك (٤٩/٣).

(٢) سعد بن معاذ النعماني بن زيد بن عبد الأشهل الأنصاري الأوسي أسلم على يد مصعب بن عمير لما أرسله النبي صلى الله عليه وآله إلى المدينة يعلم المسلمين وقد شهد بدرًا وأحدًا والخندق ورمى يوم الخندق بسهم فعاش شهرا ثم مات منه. الاستيعاب (١٦٧/٢)، أسد الغابة (٣٧٣/٢).

(٣) فتح الباري شرح صحيح البخاري (١٦٥/٦) ط/ السلفية.

(٤) أبو شريح الخزاعي العدوي الكعبي له صحبة قيل اسمه خويلد بن عمرو وقيل عمرو بن خويلد والمشهور الأول أسلم يوم فتح مكة توفي بالمدينة سنة ٦٨هـ. تهذيب الكمال للحافظ جمال الدين يوسف المزي (٤٠٠/٣٣) ط/ مؤسسة الرسالة، طبقات ابن سعد (٢٩٥/٤).

(٥) سنن النسائي كتاب أدب القضاة (٢٢٦/٨) ط/ المكتبة التجارية، وأبو داود في سننه وإسناده حسن (٢٤٠/٥)، السنن الكبرى للبيهقي (١٤٥/١٠).

فقد استحسّن النبي ﷺ ما يفعله من الحكم بين الناس ولو لم يكن التحكيم مشروعاً وجائزاً لما استحسّنه النبي ﷺ^(١).

ولقد أجمع الصحابة على جواز التحكيم ومشروعيته ولقد وقع لكثير من الصحابة ولم ينكر ذلك أحد فكان ذلك^(٢) إجماعاً.

والتحكيم جائز عقلاً لأن حقيقته إنهاء النزاع بين الخصوم وإصلاح ذات البين مع إعطاء كل ذي حق حقه، وأهدافه تسوية النزاع بالطرق السلمية لقطع دابر الخلاف وإعادة الوئام وذلك من أهم مقاصد الدين الحنيف^(٣).

والتحكيم من أهم القواعد العرفية التي أخذت به المجموعات البشرية لحسم الخلاف بينها بطريقة فورية بل إنه كان في بعض المجتمعات الوسيلة الوحيدة للتقاضي، ولا ينكر دوره في إنهاء كثير من أسباب الفساد والشقاق التي تدب بين الناس بسبب في بعض الأمور وبلا سبب في أكثرها واللجوء إلى القضاء ليس بالأمر الهين فمع بطء التقاضي واحتياج ذلك إلى الكثير من المال والزمان تبقى منازعات وخصومات كثيرة لا يكون أمامها إلا اللجوء إلى التحكيم لحل تلك الخصومات بدلاً من أن تبقى أسباب الفساد منتشرة بين الناس، وخصوصاً يلجأ إلى هذا سكان المناطق الريفية حيث العائلات والعصبيات وكبراء القبيلة فتكون المجالس العرفية التي تحل كثيراً من المشاكل وتذلل كثيراً من الصعاب أمام الناس ولقد حضرت كثيراً من هذه المجالس العرفية وشاهدت كيف أنها تدار بطريقة أشبه إلى المحكمة وأن المحكمين في

(١) شرح فتح القدير (٤٠٦/٦)، الذخيرة (٣٥/١٠)، المغني (١٠٧/٩).

(٢) الحاوي (٣٢٥/١٦)، مغني المحتاج (٣٧٨/٤)، شرح فتح القدير (٤٠٦/٦).

(٣) أحكام القرآن لابن العربي (٦١٩/٢) تحقيق البجاوي.

نظر الخصوم قضاة.

ثم إن التحكيم يخفف عبئاً كبيراً عن كاهل القضاء فلو أن كل خصومة أخذت طريقها إلى القضاء لعجز القضاء عن نظر كل تلك القضايا. والتحكيم يحلّ مشكلة كبيرة وذلك في الأقليات المسلمة الموجودة في البلاد التي لا تدين بالإسلام، والبلاد التي لا دين لها مطلقاً فقد يحدث بينهم خلافات ومنازعات تستدعي الحكم فيها بين طرفي النزاع واللجوء إلى القضاء في هذه البلاد لجوء إلى قاض لا يتوافر فيه شروط الإسلام والحل هو اللجوء إلى شخص مسلم ليكون حكماً بين طرفي النزاع.

المطلب الثاني: محل التحكيم وشروطه

التحكيم فرع عن القضاء لكنه أدنى رتبة من القضاء وبناء على هذا فإن المحكم مقصور في حكمه على أشياء مخصوصة، وليس كالقاضي في أنه يجوز له أن يحكم في كل شيء.

ولقد اتفق الفقهاء على جواز التحكيم في الحقوق المالية، وعقود المعاوضات وما يصح فيه العفو والإبراء^(١).

ولقد اتفق الفقهاء أيضاً على أن الحقوق الواجبة لله تعالى كحد الزنا والسرقة لا يجوز التحكيم فيها لأن الإمام المتعين لاستيفاء هذه الحدود^(٢).

(١) الحاوري للماوردي (٣٢٥/١٦).

(٢) بدائع الصنائع (٣/٧)، شرح فتح القدير (٤٠٨/٦)، تبين الحقائق (١٩٣/٤)،

الهداية (١٠٩/٣)، درر الحكماء شرح مجلة الأحكام (٦٤٠/١٦)، تبصرة

الحكام (٦٢/١)، مواهب الجليل (١١٣/٦)، الذخيرة (٣٧/١٠)، (٣٨)، مغنى

المحتاج (٣٧٨/٤)، الحاوي (٣٢٧/١٦)، المغنى (١٠٨/٩).

وظاهر مذهب الإمام أحمد أن التحكيم يجوز في كل ما يمكن أن يعرض على القاضي من خصومات يستوى في ذلك المال والقصاص والحدود والنكاح وغير ذلك لأنه كالقاضي^(١).

وجمهور الفقهاء على عدم جواز التحكيم في القصاص وذلك لأن القصاص وإن كان حقاً للعبد إلا أن فيه حقاً لله تعالى، وحكم المحكم حجة فقط في حق من حكماء وليس حجة في حق غيرهما فيكون في هذا شبهة والقصاص يدرء بالشبهات^(٢).

وكذلك لا يجوز التحكيم فيما تجب الدية فيه على العاقلة فلو حكماء في قتل خطأ ففضى بالدية على العاقلة لا ينفذ لأنه لا ولاية له على العاقلة إذ لم يحكموه^(٣).

وكذا لو حكم على القاتل بالدية لأنه مخالف للنص وهو مذهب الأحناف وقول للشافعية.

أما غير ذلك من الحقوق فقد زاد الأحناف عدم جواز التحكيم في اللعان لأن اللعان يقوم مقام الحد^(٤).

وزاد المالكية عدم جواز التحكيم في الرشد، والسفه، والوصية، والوقف

(١) كشف القناع ٣٠٣/٦، الكافي لابن قدامة (٤٣٦/٣).

(٢) المراجع السابقة.

(٣) واستثنوا من ذلك إذا ما ثبت القتل بإقراره لأن العاقلة لا تعقله فيصح التحكيم

بالدية على القاتل حينئذ وكذلك يصح التحكيم في أروش الجراحات إذا كانت أقل

مما تتحمله العاقلة، شرح فتح القدير (٤٠٩/٦)، تبين الحقائق (١٩٣/٤).

(٤) حاشية الطحاوي (٢٠٨/٣).

وأمر الغائب، والنسب، والولاء، ومال اليتيم، والطلاق، والعق، واللعان، لأن هذه مما يختص به القضاء لأن هذه الأمور تستلزم حكماً لغير المتحاكمين^(١).

فإن قلنا إنه لا يجوز له أن يحكم في هذه الأمور فحكم فيها نفذ حكمه إذا كان بغير جور وينهى عن العود لمثله ولو أقام الحدود والقصاص بنفسه أدب وزجر ومضى ما كان صواباً، فإذا حكم فقط ولم يستوف فلا أدب عليه^(٢).

وقال بعض الحنابلة: إن التحكيم لا يجوز في أصل النكاح واللعان لأن لها مزية على غيرها فهي مبنية على الاحتياط فاختص الإمام بالنظر فيها ونائبه يقوم مقامه^(٣).

شروط التحكيم:

(١) قيام التراع:

إن من شروط التحكيم قيام التراع بين طرفين أحدهما يدعى حقاً والآخر ينكره ويأتى المحكم ليرجح كفة أحد الطرفين ويعطى الحق لصاحبه وذلك لأن الفقهاء يعبرون عن الطرفين بالخصمين ولا يقال لشخص خصم إلا إذا قامت بينه وبين آخر خصومة ومنازعة.

ولقد ذهب الشافعية إلى عدم اعتبار ذلك وكلام الجمهور أولى فإذا لم تكن هناك خصومة فما فائدة التحكيم حينئذ؟

(١) تبصرة الحكام (١/٦٢)، الذخيرة (١٠/٣٨).

(٢) حاشية الدسوقي (٤/١٣٦).

(٣) المغنى (٩/١٠٨).

(٢) اشتراط رضا المتنازعين بالتحكيم:

المحكّم قد يكون معينا من جهة القاضي وفي هذه الحالة لا يشترط رضى طرفى المنازعة بحكمه وذلك لأنه نائب القاضي وللقاضى أن يستخلف من شاء ما دام ذلك فى حدود اختصاصاته التى حُدّدت له فى ولايته، وقد يكون المحكّم معينا من قبل طرفى الخصومة وفى هذه الحالة لابد من اشتراط رضا الطرفين معا^(١) على قبول التحكيم والرضا بالمحكّم وذلك لأن هذا الرضا أساس التحكيم وركنه^(٢).

وهل يشترط دوام هذا الرضا حتى صدور الحكم؟

ذهب الأحناف وسحنون من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه يشترط دوام الرضا حتى الحكم، فلكل واحد من الخصمين أن يرجع عن التحكيم قبل صدور الحكم، ولا يكون الحكم لازما حينئذ لأتّهما المولىان له فلهما عزله قبل أن يحكم كما أن للسلطان أن يعزل القاضي قبل أن يحكم، وأيضا

(١) وإنما اشترط رضاها معا لأن ما كان وجوده من شيئين لابد من وجودهما فى وجوده وأما عدمه فلا يشترط عدمهما معا بل يُعَدُّم بعدم أحدهما، وهذا يُسقط ما قيل ينبغى ألا يصح الإخراج إلا باتفاقهما أيضا، فإن قيل إخراج أحدهما سعى فى نقض ما تم من جهته قلنا ما تم الأمر وإنما التمام بعد الحكم ولا نقض حينئذ فإنه لا رجوع لواحد منهما للزوم الحكم بصدوره عن ولاية عليهما كالقاضي: إذا قضى ثم عزله السلطان. شرح فتح القدير (٤٠٨/٦).

(٢) حاشية ابن عابدين (٤٢٩/٥)، شرح فتح القدير (٤٠٧/٦، ٤٠٨)، تبصرة

الحكام (٦٣/١)، شرح مجلة الأحكام (٦٣٩/١٦)، مغنى المحتاج (٣٧٩/٤).

يشبه ما لو رجع عن التوكيل قبل التصرف^(١).

وذهب المالكية إلى أنه لا يشترط دوام الرضا إلى حين صدور الحكم بل لو أقاما البينة عنده ثم بدا لأحدهما أن يرجع قبل أن يحكم فليقض بينهما ويجوز حكمه^(٢).

أما لو رجع أحدهما بعد الحكم فإنه لا يجوز ولا ينقض حكمه بعد صدوره إلا إذا كان جوراً بيناً، بأن يخالف نصوص الكتاب أو السنة أو الإجماع أو القياس الجلي لأن هذا يؤدي إلى استقرار الأحكام^(٣).

وينعزل المحكم بزوال أهليته للقضاء قبل صدور الحكم فإذا كان المحكم أهلاً للقضاء عند التحكيم ثم زالت تلك الأهلية وانعدمت أثناء الحكم كأن يرتد المحكم أو يطرأ عليه الفسق فإنه ينعزل بعزل الطرفين أو أحدهما له لأنه لما كان المحكم مقلداً من الطرفين جاز عزله منهما حتى لو شرطاً عدم عزله واتفقا على ذلك إذ ليس هذا الشرط حكم^(٤).

وكذلك ينعزل بانتهاء مأموريته وذلك بحكمه في خصوص الخصومة المحكم فيها، ولا تتعدى ولايته إلى الخصومات الأخرى للطرفين^(٥).

(١) شرح فتح القدير (٤٠٧/٦)، المغني (١٠٨/٩).

(٢) تبصرة الحكام (٦٣/١)، الذخيرة (٣٧/١٠).

(٣) المغني (١٠٨/٩).

(٤) شرح فتح القدير (٤١٠/٦)، شرح مجلة الأحكام (٦٤٤/١٦).

(٥) المراجع السابقة.

المبحث الثالث

إنهاء النزاع في العين بالوفاء لصاحبها

والوفاء بالحقوق المعينة مطلوب ومأمور به ولقد أمرت الشريعة الإسلامية بوجوب الوفاء بالحقوق والالتزامات وحثت على ذلك بما يتفق مع الفطرة السليمة التي فطر الله الناس عليها قال تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] ولقد سبق الكلام تفصيلا على تعريف الوفاء وأدلة مشروعيته وأهميته في إنهاء المنازعات والخلافات في الفصل الثالث.

المبحث الرابع: إنهاء النزاع في العين بالإبراء

سبق أن ذكرنا أن من شروط الإبراء أن يكون الحق المبرأ منه ديناً في الذمة لأن الإبراء إسقاط دين في ذمة آخر، فالأصل أن الإبراء يكون في الديون لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٠].

أما الإبراء عن العين فقد اختلف الفقهاء فيه على ثلاثة مذاهب.

المذهب الأول: جمهور الفقهاء من الشافعية والحنابلة وبعض الأحناف وبعض المالكية قالوا بعدم جواز الإبراء من العين وإنما الإبراء يكون من الدين فلا يجوز أبرأتك من دارى التي تحت يدك.

وذلك لأن الإبراء إسقاط والأعيان لا تسقط فلا توصف بالبراءة، نعم تصح فيها الهبة ونحوها ولا يصح فيها الإبراء سواء كانت العين معلومة أو مجهولة بيد المبرئ أو المبرأ.

فإذا ما أطلق الإبراء عن العين فيكون المراد به الإبراء عن عهدتها أو دعواها والمطالبة بها، أما العين نفسها فلا يجوز الإبراء عنها، والعلة في ذلك أن الأعيان لو سقطت فتصبح سائبة أى لا مالك لها ولا سائبة في الإسلام^(١) قال تعالى: ﴿مَا جَعَلَ اللَّهُ مِنْ نَجْدَةٍ وَلَا سَائِبَةٍ وَلَا وَصِيلَةٍ وَلَا حَامٍ﴾ [المائدة: ١٠٣]^(٢).

(١) بدائع الصنائع (٦/١٢٠)، رسائل ابن عابدين (٢/٨٧)، تكملة حاشية ابن عابدين (٨/٢٣١)، مواهب الجليل (٥/٢٣٢)، الذخيرة (١١/٤٢)، روضة الطالبين (٤/١٩٣)، قليوبي وعميرة (٣/١٣)، كشف القناع (٣/٣٩٦، ٣٩٧).

(٢) البحيرة الناقة المشقوقة الأذن، والسائبة المخلاة التي لا قيد لها ولا راعى عليها، والوصيلة كانت العرب إذا ولدت الشاة انثى كانت لهم وإن ولدت ذكراً كان

المذهب الثاني: ذهب بعض المالكية إلى أن الإبراء عن العين جائز ويكون المراد بذلك الإبراء سقوط الطلب بقيمتها إذا فاتها المبرئ والطلب برفع اليد عنها إن كانت قائمة ويدخل فيه أيضا الحق المترتب على الإلتلاف كالغرم للمال فيسقط ذلك بالإبراء^(١).

المذهب الثالث: ذهب بعض الأحناف إلى أن الإبراء عن الأعيان إذا حصل على وجه الإنشاء فالإبراء باطل وإن وقع على وجه الإخبار فصحيح مثلاً لو قال أحد عن العين التي في يد آخر ليس لي ملك في هذه العين فهو على وجه الإخبار فهو صحيح وكذلك إذا جاء الإبراء عن العين ضمن إبراء عام أو ضمن عقد آخر كتضمن عقد الصلح عن العين للإبراء فإن الإبراء عن العين في هذه الحالة يصح. فإذا قال أحد أبرأت فلانا من جميع الدعاوى

لآلهم، وإن ولدت ذكرا وأنثى قالوا وصلت أخواها فكان الكل لآلهم، والحامي كانت العرب إذا نتجت صلب الفحل عشرة أبطن قالوا حمى ظهره فيسيوه لا يركب ولا يهاج.

وروى البخاري عن سعيد بن المسيب قال البحيرة التي يمنح درها للطواغيت فلا يجلبها أحد من الناس، والسائبة التي يسيونها لآلهم لا يحمل عليها شيء. قال رسول الله ﷺ رأيت عمرو بن عامر الخزاعي يجر قصبة في النار كان أول من سيب السوائب. تفسير القرآن لابن العربي (٣/٦٩٤، ٦٩٥)، تفسير ابن كثير (٢/١٢١).

(١) حاشية الدسوقي (٣/٤١١)، بلغة السالك (٢/١٩٤، ١٩٥)، مواهب الجليل (٥/٢٣٢).

أو ليس لي طرفه حق أو ليس لي معه دعوى مطلقاً، أو أبرأته من كل حق لي يكون إبراءً عاماً فليس له أن يدعى لنفسه بحق قبل الإبراء مالي أو غير مالي أو دين أو كفالة أو إجارة أو حدود أو قصاص قليلاً كان أو كثيراً من الحقوق^(١).

وقال ابن عابدين: ومعنى بطلان الإبراء عن الأعيان أنها لا تصير ملكاً للمدعى عليه وليس المراد أنه يبقى على دعواه بل تسقط في الحكم، فللمبرئ أخذ العين ما دامت قائمة فلو هلكت سقط ضمانها لأنها بالإبراء صارت وديعة أي أمانة^(٢).

أما الإبراء عن دعوى العين فصحيح، وقيل الإبراء عن الأعيان باطل ديانة فلا تبرأ به الذمة وصحيح قضاء فلا تسمع الدعوى عليه بخلاف الإبراء عن دعواها فصحيح مطلقاً^(٣).

(١) درر الحكماء شرح مجلة الأحكام (٦١/١٢)، رسائل ابن عابدين (٨٧/٢).

(٢) حاشية ابن عابدين (٣٣٨/٤)، تنبيه الأعلام من رسائل ابن عابدين (٨٦/٢)،

٨٧ بيروت.

(٣) تكملة حاشية ابن عابدين (٢٣١/٨)، رسائل ابن عابدين (٨٨/٢).

المبحث الخامس: إنهاء النزاع في العين بالظفر بالحق

اتفق الفقهاء على أنه يجوز تحصيل الأعيان المستحقة بغير قضاء مثل العين المغصوبة فإنه يجوز استردادها من الغاصب ولو قهراً سواء كانت هذه العين مغصوبة أو مستحقة بأي سبب آخر من أسباب الاستحقاق.

فمن وجد عين سلعته التي اشتراها أو ورثها أو استحقها بالوصية فله أخذها ولا يشترط الرفع إلى الحاكم.

بشرط ألا يترتب على جواز أخذ العين المستحقة بغير قضاء تحريك فتنة أو مفسدة عظيمة فإذا ترتب على أخذ العين بالظفر ضرر أكبر فلا يجوز أخذها^(١).

واشترط بعض الشافعية شرطاً آخر وهو ألا يكون قد تعلق بها حق لشخص آخر كما لو اشترى شخص عينا من آخر كان قد أجرها أو رهنها فليس له أخذها قهراً لتعلق حق الآخرين بها^(٢).

فإذا تحققت هذه الشروط في العين يجوز أخذها بالظفر بها متى وجدها صاحبها لينتهي النزاع والخلاف فيها وقد تكلمت عن الظفر بالحق في الفصل الثالث.

فإذا لم تنفع هذه الوسائل، ولم تؤت بثمارها، ولم يستطع كل واحد منهما في الأخذ بها فلا يبقى أمامهم سوى اللجوء إلى القضاء لحسم النزاع والخلاف بينهما. والله أعلم

(١) الرجيز في فقه الإمام الشافعي (٢٦/٢)، مغنى المحتاج (٤٦٢/٤)، تهذيب

الفروق (١٢٣/٤)، كشاف القناع (٢١١/٤) مكتبة النصر الحديث، الفقه

الإسلامي وأدلته د/ وهبة الزحيلي (٢٦/٤).

(٢) مغنى المحتاج (٤٦١/٤).

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الفصل الخامس التنازع في الرهن

ويشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: صور النزاع في الرهن

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: الاختلاف في قدر الحق "المرهون به".

المطلب الثاني: الاختلاف في قدر الرهن.

المطلب الثالث: الاختلاف في قبض المرهون ورده.

المطلب الرابع: الاختلاف في حلول الأجل.

المبحث الثاني: أسباب النزاع في الرهن، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: النزاع بسبب انتفاع المرتهن بالرهن.

المطلب الثاني: النزاع بسبب مؤنة الرهن.

المطلب الثالث: النزاع بسبب زوائد الرهن.

المطلب الرابع: النزاع بسبب ضمان الرهن إذا تلف.

المبحث الثالث: وسائل إنهاء النزاع بين الراهن والمرتهن.

الفصل الخامس التنازع في الرهن^(١) المبحث الأول: صور النزاع في الرهن

المطلب الأول: الاختلاف في قدر الحق "المرهون به"

فإذا اختلف الراهن والمرتهن في قدر الحق فقال الراهن رهنتك بخمسمائة وقال المرتهن بألف.

فذهب الجمهور من الأحناف والشافعية والحنابلة إلى أن القول قول الراهن بيمينه.

وقال المالكية: إن القول قول المرتهن فيما ذكره من قدر الحق ما لم تكن قيمة الرهن أقل من ذلك، فما زاد على قيمة الرهن فالقول قول الراهن.
الأدلة:

واستدل الجمهور بما يأتي:

(١) والرهن لغة: الثبوت والدوام وقيل الحبس، قال تعالى: ﴿كُلُّ أَمْرٍ بِمَا كَسَبَ رَهِينٌ﴾ [الطور: ٢١].

وشرعا: المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفي من ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه، وقيل جعل عين مال وثيقة بدين يستوفي منها عند تعذر الوفاء وهو جائز ومشروع بالكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنِ مَّقْبُوضَةً﴾

[البقرة: ٢٨٣] وروى أن النبي ﷺ اشترى من يهودي طعاما ورهنه درعه (متفق

عليه)، وأجمع المسلمون على جواز الرهن في الجملة وأركانها الصيغة وعاقده

ومرهون ومرهون به.

(١) أن المرتهن يدعى على الراهن زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله.
 (٢) ولأن الراهن مدعى عليه والمرتهن مدع فوجب أن تكون اليمين على الراهن عملاً بالسنة الصحيحة وهي قول النبي ﷺ: «البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه»^(١).

فإن أقاما البينة معاً فالبينة المقدمة هي بينة المرتهن لأنها تثبت زيادة ضمان.
 واستدل المالكية على مذهبهم:

بأن الظاهر أن الرهن يكون بقدر الحق، وإن المرتهن وإن كان مدعياً فله هاهنا شبهة بنقل اليمين إلى حيزه وهي كون الرهن شاهداً له لأنه أكثر من قدر المرهون به، ومن أصول الإمام مالك أن يحلف أقوى المتداعين شبهة.
 مناقشة دليل المذهب الثاني:

وهذا الظاهر الذي ذكره غير مسلم فإن العادة رهن الشيء بالأقل من قيمته وقد يرهن الشيء وقيمته أكثر من المرهون فيه.

فالأصح ما ذهب إليه الجمهور من أن القول قول الراهن بيمينه^(٢).
 ومن حق الراهن في هذه الحالة أن يتنازل عن الزائد عما يدعيه المرتهن وينتهى النزاع بينهما، وينتهى أيضاً بالتنازل عن كل الدين والبراءة منه، أو قضاء الدين وتوفية المدين حقه.

(١) سبق تخريج الحديث (ص ٣٨).

(٢) بدائع الصنائع (١٧٤/٦)، بداية المجتهد (٢٢٥/٢)، الذخيرة للقرافي

(١٤٧/٨)، حاشية الدسوقي (٣٥٨/٣)، مغنى المحتاج (١٤٢/٢)، روضة

الطالبين (١١٢/٤)، المغنى (٤٤١/٤).

المطلب الثاني: الاختلاف في قدر الرهن

فإذا اختلف الراهن والمرتهن في قدر الرهن فقال الراهن رهنتك هذه الدار فقال بل هي والدار الأخرى فالقول قول الراهن لأنه منكر ولا خلاف في هذا بين الفقهاء.

هذا إذا كان الرهن قائماً فإن كان تالفاً واختلفا في صفته فالقول عند مالك للمرتهن لأنه مدعى عليه وهو مقر ببعض ما ادعى عليه فإن المرتهن ضامن فيما يغاب عليه عند مالك.

وقال الإمام أبو حنيفة القول قول المرتهن في قيمة الرهن وإن اختلفوا في الأمرين معاً [المقدار والصفة] كان القول قول المرتهن في صفة الرهن وفي الحق ما كانت قيمة الصفة التي حلف عليها شاهدة له.

وهل يشهد الحق لقيمة الرهن إذا اتفقا على الحق واختلفا في قيمة الرهن قولان والأقيس الشهادة لأنه إذا شهد الرهن للدين شهد الدين للمرهون^(١). فإذا اختلف الراهن والمرتهن فقال الراهن رهنته بجميع الدين الذي نك على وهو ألف والرهن يساوي ألفاً، وقال المرتهن ارتكنته بخمسائة والرهن قائم فالقول قول الراهن ويتحالفان ويترادان لأنهما اختلفا في قدر ما وقع العقد عليه وهو المرهون به فأشبهه اختلاف البائع والمشتري في مقدار الثمن وقد سبق الكلام على هذا في الفصل الأول^(٢).

(١) بداية المجتهد (٢/٢٢٥)، المدونة (٤/١٦٦)، بدائع الصنائع (٦/١٧٤)،

الذخيرة (٦/١٧٤)، بلغة السالك (٢/١٢٣).

(٢) بدائع الصنائع (٦/١٧٤)، مغني المحتاج (٢/١٤٢)، المغني لابن قدامة

(٤/٤٤٢).

المطلب الثالث: الاختلاف في قبض المرهون ورده

فإذا اختلفا في قبض المرهون أحدث أم لا؟

فالقول للراهن بيمينه سواء كان في يد الراهن أم في يد المرتهن لأن الأصل عدم لزوم الرهن وعدم إذنه في القبض وهو قول الأحناف والشافعية.

وقال الحنابلة: القول قول صاحب اليد في حالة الاختلاف في القبض فإن كان بيد الراهن فalcول له لأن الأصل عدم القبض، وإن كان بيد المرتهن فalcول له لأن الظاهر قبضه بحق^(١).

وإن اختلفا في رد الرهن إلى الراهن فalcول قول الراهن لأنه منكر والأصل معه^(٢).

وقال المالكية لا تصدق في الرد إلا البينة.

قالوا والفرق بينه وبين الودينة أن المودع أمين مطلقا والمرتهن قبض لحق نفسه^(٣).

المطلب الرابع: الاختلاف في حلول الأجل

فإذا اختلف الراهن والمرتهن في حلول أجل الدين الذي عليه الرهن فقال الراهن لم يحل الأجل وقال المرتهن بل حلّ الأجل.

فإن الراهن يصدق لأنه يدعى الأصل لأن الأصل عدم حلول الأجل إذا أتى بما يشبه وإلا فلا.

وقال ابن القاسم لا يصدق في الأجل، ويؤخذ بما أقر به حالا، لأن

(١) بدائع الصنائع (١٧٤/٦)، روضة الطالبين (١١٦/٤، ١١٧)، مغنى المحتاج

(٢) المغنى (١٧٣/٢)، المغنى لابن قدامة (٤٤٣/٤، ٤٤٤).

(٣) المغنى (٤٤٢/٤).

(٣) الذخيرة (١٥٢/٨).

الاصل عدم التأجيل وقال أشهب يصدق المرتكز في حلول الأجل كما إذا قال حالاً^(١).

(١) الذخيرة (٨/١٤٥، ١٤٦).

المبحث الثاني: أسباب النزاع في الرهن

أما الأسباب التي تؤدي إلى النزاع والاختلاف بين الراهن والمرتهن فكثيرة نذكر منها:

المطلب الأول: النزاع بسبب انتفاع المرتهن^(١) بالرهن
وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: الانتفاع بغير المحلوب والمركوب

إذا تنازع الراهن والمرتهن بسبب انتفاع المرتهن بالرهن إذا كان غير محلوب ومركوب.

فقد اتفق جمهور الفقهاء من الأحناف والمالكية والشافعية والحنابلة في

(١) أما انتفاع الراهن بالرهن فالجمهور من الأحناف والمالكية والحنابلة على أنه لا يجوز للراهن الانتفاع بالرهن إلا إذا أذن له المرتهن وذلك لأن حق الحبس ثابت للمرتهن على سبيل الدوام وهذا الحق يمنع الاسترداد فإن انتفع الراهن فإنه يضمن قيمة ما انتفع به لأنه تعدى بفعله على حق المرتهن وشدد المالكية في ذلك فقالوا لا يجوز للراهن الانتفاع حتى مع الإذن، والإذن من المرتهن للراهن في الانتفاع مبطل للراهن لأنه يعد تنازلاً عن حقه في الرهن.

أما الشافعية فقالوا يجوز للراهن أن ينتفع بالرهن إذا كان هذا الانتفاع لا يترتب عليه نقص المرهون لقول النبي ﷺ: «الرهن مركوب ومحلوب» وإذا أمكن الراهن الانتفاع بالمرهون بغير استرداد لم يسترد الرهن من المرتهن، وإن لم يمكن الانتفاع إلا بالاسترداد كأن يكون الرهن داراً يسكنها فيسترد للحاجة إليه حتى إذا انتهى انتفاعه به رده على المرتهن، والراجح الأول، يراجع. بدائع الصنائع (١٤٦/٦)، الدر المختار (٣٤٢/٥)، حاشية الدسوقي (٢٤١/٣)، مغني المحتاج (١٣١/٢)، الذخيرة (١٢٤/٨)، روضة الطالبين (٧٩/٤)، المغني (٣٢/٤).

ظاهر المذهب على أنه لا يجوز للمرتهن أن ينتفع بالرهن إذا لم يكن مركوبا ومحلوبا.

وذهب الحنابلة في رواية إلى أنه يجوز للمرتهن أن ينتفع بالرهن الذي لا يركب ولا يحلب كالعبد والأمة ونحوهما فإن حنبلاً نقل عن الإمام أحمد أن للمرتهن استخدام العبد وبه قال أبو ثور إذا امتنع المالك من الإنفاق عليه. فإن كان الرهن داراً تخدمت فعمّرها لم يرجع بشيء وليس له الانتفاع بقدر نفقته فإن عمارتها غير واجبة عليه فإن فعل كان متبرعا بخلاف الحيوان.

حجة الجمهور:

- (١) أن للمرتهن حق الحبس وليس له حق الانتفاع.
- (٢) ولأن الرهن ملك الراهن فلا يجوز لغيره أخذه والانتفاع به بدون إذنه. فإن أذن الراهن للمرتهن في الانتفاع فإنه يجوز^(١).
- والعمل على ما عليه الجمهور، أما رواية الحنابلة فهي ضعيفة عندهم وقالوا خالف حنبل الجماعة، والعمل على أنه لا ينتفع من الرهن بشيء إلا ما خصه الشرع به.
- فإن القياس يقتضي أن لا ينتفع المرتهن بشيء من الرهن وتركناه في المركوب والمحلوب للنص الوارد في ذلك^(٢) ففيما عداه يبقى على مقتضى

(١) ومنعه بعض الفقهاء خوفاً من شبهة الربا.

(٢) وهو قول النبي ﷺ: «الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً ولبن الدر يشرب بنفقته

إذا كان مرهوناً وعلى الذي يركب ويحلب النفقة» رواه البخاري (٢٣٧٧)،

والترمذي (١٢٥٤).

القياس^(١).

المسألة الثانية: الانتفاع بالمحلوب والمركوب

وفي هذه الحالة إما أن يأذن له الرهن في الانتفاع أو ينتفع مع عدم الإذن. فإذا أذن الرهن للمرتهن في الانتفاع بالرهن المحلوب والمركوب فهل يجوز له الانتفاع به؟ اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: يجوز للمرتهن أن ينتفع بالرهن إذا أذن له الرهن وهو قول عند الأحناف، وبعض الشافعية.

المذهب الثاني: لا يجوز للمرتهن الانتفاع حتى ولو أذن له الرهن وهو قول عند الأحناف، وعند الشافعية.

المذهب الثالث: لا يجوز للمرتهن الانتفاع بالرهن إذا كان الرهن بدين قرض ويجوز في غيره وهو مذهب المالكية، والحنابلة، ووجه عند الشافعية.

الأدلة:

وحجة المذهب الأول:

قياس المرتهن على غيره فالرهن مالك المنافع وله أن يملكها غيره.

وحجة المذهب الثاني:

(١) قول النبي ﷺ: «لا يغلِق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه

(١) بدائع الصنائع (١٤٥/٦)، تبين الحقائق (٦٧/٦)، بداية المجتهد (٢٢٣/٢)،

حاشية الدسوقي (٣ ٢٤٦)، القوانين الفقهية (ص ٢٧٧)، مغنى المحتاج

(١٣٦/٢)، البيجرمي على الخطيب (٦١/٣)، المغنى (٤٢٨/٤، ٤٢٩)،

كشف القناع (٣٤٢/٣).

وعليه غرمه»^(١).

وجه الدلالة من الحديث:

أن النبي ﷺ خص الراهن بالغنم ومنه المنافع وإباحة الانتفاع فيكون له لا لغيره.

(٢) ولأن الانتفاع بالمرتهن يؤدي إلى شبهة الربا، والربا حرام.

وحجة المذهب الثالث:

أن جواز الانتفاع في دين القرض يؤدي إلى الربا لأنه قرض جر منفعة وذلك حرام بخلاف دين غير القرض فليس بهذه المثابة فيجوز.

المناقشة وال ترجيح:

ويُنَاقِش أصحاب المذهب الأول: بأن هناك farkاً بين المرتهن وغيره في الانتفاع لأن الظاهر أن الراهن ما قدم على الإذن عن طيب نفسه. ويُنَاقِش أصحاب المذهب الثاني:

بأن الحديث مع التسليم بحجته لا يدل على عدم الجواز لأن النبي ﷺ قد

(١) رواه الدارقطني والحاكم وابن حبان ورجاله ثقات وقال الدارقطني إسناده حسن متصل ورواه مالك في الموطأ في كتاب الأفضية (١١٢/٢) الحلبي، سنن الدارقطني (٣٢/٣) ط/ دار المحاسن، المستدرک للحاكم (٥١/٢)، كتاب البيوع باب لا يغلق الرهن من صاحبه وقال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه، والإحسان بترتب صحيح ابن حبان لابن بلبان كتاب الرهن ذكر ما يحكم للراهن والمرتهن في الرهن إذا كان حيواناً (٥٧٠/٧) ط/ مؤسسة الكتب الثقافية. تلخيص الحبير (٣٦/٣)، سبل السلام (٦٨/٣)، نيل الأوطار (٢٣٥/٥).

حكم بأن الغنم ملك للراهن، وللراهن أن يتصرف في ملكه بما يشاء ما دام على الوجه المشروع فتبين رجحان المذهب الثالث لقول أدلتهم، وسلامتها عن المعارض^(١).

أما جواز الانتفاع بالمركوب والمحلوب مع عدم الإذن فقد اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين:

المذهب الأول: لا يجوز الانتفاع وهو مذهب الجمهور من الأحناف والمالكية والشافعية والحنابلة في رواية.

المذهب الثاني: يجوز الانتفاع بقدر النفقة^(٢) متحرراً العدل في ذلك وهو مذهب الحنابلة والأوزاعي والليث.

الأدلة:

استدل أصحاب المذهب الأول بالسنة والقياس.

أما السنة:

(١) فقول النبي ﷺ: «لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غنمه، وعليه غرمه»^(٣).

(١) يراجع في المسألة: حاشية ابن عابدين (٣٤٣/٥)، بدائع الصنائع (١٤٥/٦)،

حاشية الدسوقي (٢٤٦/٣)، روضة الطالبين (٨٠/٤)، قليوبي وعميرة

(٢/٢٦١)، المغني (٤٢٦/٤).

(٢) وهؤلاء اشترطوا أن يمتنع المالك (الراهن) عن الإنفاق، وإن يكون الانتفاع

بقدر النفقة لذلك عدّما بعضهم ثلاثة مذاهب باعتبار هذا التقييد مذهباً

بالإضافة إلى المذهبين الآخرين.

(٣) سبق تخريج الحديث (ص ٣٧٥).

(٢) وقوله ﷺ: «الرهن لمن راهنه له غنمه وعليه غرمه»^(١).

وجه الدلالة من الحديثين:

أن النبي ﷺ أخبر أن غنم المرهون يكون للراهن ويندرج فيه الانتفاع فيكون للراهن لا المرتمن.

أما القياس:

قياس المرهون على غير المرهون فإن كلا منهما ملك غيره لم يأذن له في الانتفاع به ولا الإنفاق عليه فلم يكن له ذلك.

واستدل أصحاب المذهب الثاني بالسنة والمعقول.

أما السنة:

(١) قول النبي ﷺ: «الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا ولبن الدر

يشرب بنفقته إذا كان مرهونا وعلى الذي يركب ويحلب النفقة»^(٢).

وجه الدلالة من الحديث:

أن الحديث واضح الدلالة على محل النزاع فإن النبي ﷺ جعل منفعته بنفقته وهذا محل النزاع.

(١) المستدرک فی البیوع باب لا یغلق الرهن (٥١/٢).

(٢) رواه البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه كتاب الرهن باب الرهن مركوب ومحلوب

(١٨٧/٣). الترمذي وقال حديث حسن صحيح والعمل به عند أهل العلم

كتاب البیوع باب ما جاء في الانتفاع بالرهن رقم (١٢٥٤) (٥٤٦/٣)، سبل

السلام (٦٧/٣).

أما المعقول:

فإن نفقة الرهن واجبة على الراهن فإنه يجب على مالكة الإنفاق عليه لحرمة على نفسه وللمرتهن في الرهن حق وقد أمكنه استيفاءه من ثمن الرهن والمرتهن ينوب عن المالك في النفقة والانتفاع مقابل النفقة كما يجوز للمرأة أخذ مؤنتها من مال زوجها بغير إذن منه عند امتناعه كما دل عليه حديث هند^(١).

المناقشة والترحيح:

مناقشة أدلة المذهب الأول:

(١) أن حديث: «لا يغلق الرهن من صاحبه» حديث مرسل ضعيف فلا يصلح للحجية^(٢).

الجواب عن المناقشة:

أنه حديث صحيحه كثير من علماء السنن كابن حبان والحاكم وغيرهما.
(٢) أن كلمة «له غنمه وعليه غرمه» ليست من كلام النبي ﷺ وإنما

(١) فقد روت السيدة عائشة رضي الله عنها أن هند امرأة أبي سفيان أتت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم. فقال: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف.

البخاري كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، فتح الباري (٤١٨/٩)، نيل الأوطار (٢٦٤/٥)، المغني لابن قدامة (٤٢٨/٤).

(٢) تنوير الحوالك للسيوطي على الموطأ (١١٢/٢)، سبل السلام (٦٨/٣).

هي من كلام سعيد بن المسيب مدرجة في الحديث^(١).

ويجاب عن ذلك:

أن هذه الجملة قد رفعها أكثر من ثقة إلى النبي ﷺ.

(٣) وهناك فرق بين المرهون وبين غيره لأن للمرتهن حقا في الرهن بخلاف غيره فلا يستقيم القياس ولو سلم فهو قياس في مقابلة نص فلا يجوز.

مناقشة أدلة المذهب الثاني:

(١) إن فاعل الركوب والحلب في الحديث هو الراهن وليس المرتهن لأنه المالك للرهن.

ويجاب عن ذلك:

بأنه قد روي في بعض الألفاظ [إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها ولبن الدر يشرب وعلى الذي يشرب ويركب نفقته]^(٢) فجعل المرتهن هو المنفق فهو الذي ينتفع، ثم إن قوله ﷺ بنفقته يشير إلى أن الانتفاع عوض عن النفقة وإنما ذلك حق المرتهن أما الراهن فإنفاقه وانتفاعه لا بطريق المعاوضة لأحدهما بالآخر.

(٢) إن الحديث معارض بمثله فقد روي في البخاري عن ابن عمر قال:

قال النبي ﷺ: «لا تحلب ماشية امرئ بغير إذنه»^(٣).

ويجاب عن ذلك: بأن حديث ابن عمر عام، وحديث الظهر يركب

(١) سبل السلام (٦٨/٣).

(٢) مسند الإمام أحمد (٢٢٨/٢)، سنن الدارقطني (٣٤/٣).

(٣) البخاري كتاب اللقطة باب لا تحلب ماشية أحد بغير إذنه (٨٥٨/٢) ط/

بيروت، سبل السلام (٦٧/٣)، تلخيص الحبير (٤٦/٣).

خاص فيحمل العام على الخاص.

الراجع من الآراء: يمكن الجمع بين القولين المتعارضين لأن كلا منهما يستدل بالسنة والجمع بين الأقوال إن أمكن أولى من الترجيح فيكون حديث «لا يغلق الرهن» عام في المركوب والمحلوب وفي غيره، ويكون حديث الظهر يركب بنفقته خاص بالمركوب والمحلوب فيعمل بالقولين معا وهو أولى لأن في ذلك مصلحة لهما معا ففي المركوب والمحلوب خوفا من عدم نفقتها معا لحق الحبس الذي للمرتهن فيضيع بذلك المرهون ويتلف، وفي غيره حفاظا على حق الراهن على ملكه ودرء لشبهة الربا الناتجة عن انتفاع المرتهن بغير المحلوب والمركوب وخصوصا إذا كان دين قرض.

قال ابن القيم: وهذا من محاسن الشريعة الإسلامية لأنها تُخرج العباد عن العسر والحرج والمشقة^(١).

وبناءً على هذا:

فإن المرتهن إذا انتفع بالمرهون فإن كان ذلك بإذن الراهن فيجوز إن لم يكن الدين دين قرض وإلا فلا يجوز، وإن لم يأذن له الراهن فلا يجوز له

(١) يراجع في فقه المسألة: بدائع الصنائع (١٤٥/٦)، حاشية ابن عابدين (٣٤٤/٥)، بداية المجتهد (٢٢٣/٢، ٢٢٤)، الذخيرة (١٢٥/٨)، المدونة للإمام مالك (١٦٣/٤)، حاشية الدسوقي (٢٤٦/٣)، بلغة السالك (١١٦/٢، ١١٧)، القوانين الفقهية لابن جزي (ص ٢٧٧)، نهاية المحتاج (٢٧٥/٣)، روضة الطالبين (٩٩/٤)، سبل السلام (٦٧/٣، ٦٨) ط/ دار الفرقان، المغنى (٤٢٨/٤)، العدة شرح العمدة (ص ٢٤٤)، نيل الأوطار (٢٦٥/٥)، إعلام الموقعين (٣٢٠/٢)، قطوف من العقود (ص ٤٧٢).

الانتفاع إذا كان المرهون غير مركوب ومحلوب، فإن كان مركوبا ومحلوبا فإنه ينتفع بقدر نفقته عليه.

فإذا انتفع بأكثر من النفقة حسب من دينه بقدر ذلك لأن المنافع ملك للراهن فإذا انتفع المرتهن واستوفاهما فعليه قيمتها في ذمته للراهن فيتقاصا القيمة وقدرها من الدين ويتساقطان^(١).

المطلب الثاني: التنازع بين الراهن والمرتهن بسبب مؤنة الرهن
اتفق الفقهاء على أن نفقة المرهون إنما تكون على الراهن لأنه هو المالك له والمالك للشيء هو الذي ينفق عليه، ولأن الشارع جعل الغنم والغرم للراهن فقال ﷺ: «لا يغلق^(٢) الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه».

وقد اختلفوا في نوع الحق الذي يجب على الراهن على مذهبين:
المذهب الأول:

قال الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة إن جميع نفقات الرهن ومؤنه على الراهن سواء ما كان منها لبقاء عينه أو لحفظه وعلاجه وقد ادعى بعضهم الإجماع عليه^(٣).
وحجتهم في ذلك:

(١) حديث النبي ﷺ: «لا يغلق الرهن من صاحبه».

(١) المغني (٤/٤٢٩).

(٢) أي لا يُمَلِّك.

(٣) مغني المحتاج (٢/١٣٦).

وجه الدلالة من الحديث:

أن الحديث أثبت صراحة أن الغنم والغرم وهي نفقات ومؤون الرهن على الراهن فهو صاحبه الذي رهنه.

(٢) أن ذلك مما يتفق مع الأصول العامة وهي أن نفقة الشيء إنما تكون على مالكه، ومالك الرهن الحقيقي هو الراهن.

المذهب الثاني:

ذهب الأحناف إلى أن ما كان من حقوق الملك كالمأكل والمشرب فهو على الراهن لأن الملك له، وما كان من حقوق اليد^(١) التي يقصد بها الرعاية فهذه على المرتهن لأن اليد له.

وحجتهم في ذلك:

أن نفقة التبقية على الراهن لأنه المالك للرهن ويحتاج لبقائه حتى يسترده بعد سداد الحق.

أما نفقة الحفظ فتكون على المرتهن لأن له حق الحبس فلزمه توابعه. وقال الحسن البصري هي على المرتهن مطلقاً^(٢).

المناقشة وال ترجيح:

و يُناقش الأحناف بأن من نفقات الحفظ ما يحتاج إليه للتبقية ومن الممكن أن نقول إن نفقة الطعام من الحقوق التي تتعلق باليد فتكون على المرتهن وهذا خلاف المعتمد في المذهب الحنفي فيترجح مذهب الجمهور القائل بأن مؤنة الرهن ونفقاته على الراهن لأنه مالكه.

(١) كالمسكن والحافظ والراعي ونحوها.

(٢) بدائع الصنائع (٦/١٥١).

فإذا امتنع الراهن من الإنفاق الواجب عليه فإن كان الرهن مما لا يحتاج إلى مؤنة كدار استهدمت لا يجب على المرتهن النفقة وإن أنفق لم يرجع على الراهن بشيء، لأن نفقتها ليست واجبة على الراهن فليس لغيره أن ينوب عنه فإن فعل كان متبرعاً.

وإن كان الرهن يحتاج إلى مؤنة كالحيوان مثلاً فإن أنفق الراهن فالأمر ظاهر وإن امتنع أجبره الحاكم حفظاً لحق المرتهن، وقيل يبيع الحاكم من المرهون بقدر الحاجة إذا كان المرهون يتجزء وإن امتنع فأنفق المرتهن على الرهن متطوعاً فالأمر ظاهر وإن أنفق بنية الرجوع فإن كان بإذنه رجع لأن الحيوان يجب على مالكه الإنفاق عليه لحرمة على نفسه.

وإن لم يأذن ففيه قولان أرجحهما أنه يرجع لأنه ناب عنه فيما يلزمه كما لو قضى دينه بغير إذنه وقيل لا يرجع^(١).

المطلب الثالث: التنازع بين الراهن والمرتهن بسبب زوائد الرهن

الزيادة بالنسبة إلى المرهون أنواع منها:

(أ) الزيادة المتصلة بالمرهون المتولدة عنه التي تعتبر من قبيل الوصف كالطول والسمن.

(ب) الزيادة المتصلة بالمرهون المتولدة عنه التي لا تعتبر من قبيل الوصف كالحمل والشعر.

(١) حاشية ابن عابدين (٣٤٦/٥)، تكملة فتح القدير (٢٠٢/٨)، تبين الحقائق

(٦٨/٦)، بدائع الصنائع (١٥١/٦)، بداية المجتهد (٢٢٤/٢)، حاشية

الدسوقي (٢٥١/٣)، روضة الطالبين (٩٣/٤)، مغنى المحتاج (١٣٦/٢)، المغنى

(٤٢٨/٤، ٤٢٩، ٤٣٣)، كشاف القناع (٣٢٦/٣).

(ج) الزيادة المنفصلة عن المرهون الغير متولدة عنه ولا في حكم المتولدة كالكسب والأجرة.

(د) الزيادة المنفصلة المتولدة عن المرهون كالولد.

(هـ) الزيادة المنفصلة التي في حكم المتولد كالزراع بالنسبة للأرض ونحو ذلك.

وأكثر الفقهاء توسعا في هذا الحنبلة فإنهم قالوا إن نماء الرهن وغلاته تكون رهنا في يد المرتهن كالأصل سواء المتصل منها أو المنفصل المتولد وغير المتولد وإنها جميعا تكون ملكا للراهن، وإنه إذا احتيج إلى بيعها في وفاء الدين بيعت مع الأصل^(١).

ووافقهم الأحناف في كل زيادة متولدة من الأصل متصلة به كالثمر واللبن والصوف أو منفصل عنه كالولد بالنسبة للأمة فإنه يكون رهنا مع الأصل لأنه تبع له فإن الفروع تابعة للأصول.

وقالوا لأن تعلق الدين بالمال المرهون يثبت فيه بعقد فيدخل فيه النماء والمنافع كما في البيع، ولأن النماء المنفصل متولد عن عين مرهونة فيكون حكمه حكم المتصل بها فيسرى إليه حكم الرهن، بخلاف الزيادة الغير متولدة ولا في حكم المتولدة كالأجرة وغلة الأرض فلا تكون رهنا مع أصلها وإنما هي للراهن خالصة فلا يتعلق بها الدين^(٢).

أما المالكية فإنهم وافقوا الحنبلة على الزيادة المتصلة فإنها تتبع الأصل في الرهن، وكذلك الزيادة المنفصلة التي تكون على صورته وخلقه فإنها تكون

(١) المغنى (٤/٤٣٠)، كشف القناع (٣/٣٢٦).

(٢) بدائع الصنائع (٦/١٥٢)، الدر المختار (٥/٣٦٥)، تبين الحقائق (٦/٩٤).

تابعة للأصل في الرهن فتكون مرهونة كولد الجارية.

أما إذا كانت الزيادة المنفصلة ليست على صورة الرهن وخلقته فإنها لا تدخل في الرهن سواء كانت مولدة عنه كثمر النخل أو غير متولدة ككراء الأرض وأجرة الغلام^(١).

وحجتهم:

أن الولد حكمه حكم أمه في البيع أى هو تابع لها، فحاصله قياس الرهن على البيع، وفرق بين الثمر والولد بأن الثمر لا يتبع بيع الأصل إلا بالشرط وولد الجارية يتبع بغير شرط^(٢).

ووافق الشافعية في الزيادة المتصلة التي تكون وصفا كالسمن والشعر فإنها تتبع الأصل لعدم تميزها عنه^(٣).

ولا يدخل في الرهن عندهم أي زيادة منفصلة أو نماء متميز كثمرة وولد وصوف ولبن وبيض لحديث النبي ﷺ: «لا يغلق الرهن من صاحبه» والنماء من الغنم فيجب أن يكون للراهن.

ولأن الرهن عقد لا يزيل الملك عن رقبة المرهون فلا يسرى إلى النماء المتميز كالإجارة^(٤).

والراجح أن نماء الرهن كله للراهن إذا قام بالإتفاق على الرهن وإلا فإن

(١) حاشية الدسوقي (٢٤٤/٣، ٢٤٥)، بداية المجتهد (٢٣٣/٢).

(٢) بداية المجتهد (٢٢٣/٢).

(٣) مغنى المحتاج (١٣٩/٢)، روضة الطالبين (١٠٢/٤).

(٤) المهذب (٣١٠/١)، فتح العزيز على المجموع (١٤٨/١٠)، مغنى المحتاج

(١٣٩/٢).

المرتهن يأخذ من الزيادة المنفصلة بقدر النفقة بخلاف المتصلة.

وعمدة من رأى أن النماء للراهن قول النبي ﷺ: «الرهن مركوب ومحلوب» فإن النبي ﷺ لم يرد بذلك أن يركبه الراهن ويحلبه لأنه بذلك يكون غير مقبوض للمرتهن وذلك مناقض لكونه رهنا.

ولا يصح أن يكون معناه أن المرتهن يحلبه ويركبه فلم يبق إلا أن يكون المعنى من ذلك أن أجرة ظهره لربه وهو الراهن ونفقته عليه.

(٢) ولأن الزيادة نماء زائد على ما رضىه رهنا فوجب أن لا يكون له إلا بشرط زائد^(١).

المطلب الرابع: التنازع بين الراهن والمرتهن بسبب ضمان الرهن إذا تلف
إذا كان الرهن في يد المرتهن فتلّف فهل يجب عليه ضمانه أم لا ؟ اتفق الفقهاء على أن المرهون إذا هلك في يد المرتهن بتفريط أو تعدّ من المرتهن كان ضامنا له لأنه أمانة في يده فلزمه إذا تلفق بتعديه أو تفريطه كالوديعة واختلفوا فيما إذا تلف بدون تفريط ولا تعدّ فهل يتحمل تبعته على مذهبين:

المذهب الأول: وهو عبارة عن مذهب الجمهور من المالكية^(٢)

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصر لابن رشد الحفيد (٢/٢٢٣).

(٢) إلا أن المالكية قالوا يضمن المرتهن عند وجود التهمة وهي إنما تكون إذا كان المرهون مما يغاب عليه أي يمكن إخفاؤه كالحلى والثياب والسلاح ولم تقم بينة على احتراقه أو سرقة أو تلفه بلا تعد ولا إهمال من المرتهن، وتفريق مالك بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه استحسان، ومعنى ذلك أن التهمة تلحقه فيما يغاب عليه ولا تلحقه فيما لا يغاب عليه، واختلفوا في معنى

والشافعية^(١) والحنابلة^(٢) أن يد المرتحن عنى الرهن يد أمانة فلا ضمان عليه ولا تبعة إذا هلك المرهون وهو في يده.

المذهب الثاني: مذهب الأحناف^(٣) أن يد المرتحن يد ضمان فإذا تلف الرهن أو تعيب ضمنه المرتحن وأن التبعة تكون علي المرتحن.

الأدلة:

استدل الجمهور على مذهبهم بما يأتي:

(١) قول النبي ﷺ: «لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه».

وجه الدلالة من الحديث:

أن الحديث ظاهر في أن المرهون يكون من ضمان الراهن فإنه أثبت أن

=

الاستحسان الذي يذهب إليه الإمام مالك كثيرا فضعفه قوم وقالوا إنه مثل استحسان أبي حنيفة وحددوا الاستحسان بأنه قول بغير دليل. وقولهم مردود فإن الاستحسان جمع بين الأدلة المتعارضة وإذا كان كذلك فليس قولاً بغير دليل ولكنه جمع بين الأدلة للمصلحة، بداية المجتهد (٢/٢٢٤)، حاشية الدسوقي (٣/٢٥٣، ٢٥٥)، بلغة السالك (٢/١٢١).

(١) وقد استثنى الشافعية بعض المسائل التي يكون المرهون فيها من ضمان المرتحن. نهاية المحتاج (٣/٣٧٨)، روضة الطالبين (٤/٩٧)، مغنى المحتاج (٢/١٣٦)، المهذب للشيرازي (١/٣١٦).

(٢) المغنى (٤/٤٣٨):

(٣) بدائع الصنائع (٦/١٥٤)، الدر المختار (٥/٣٤٢)، تكملة فتح القدير (٨/١٩٨)، تبين الحقائق (٦/٦٣).

عليه الغرم فإذا هلك أو تعيب بآفة كانت التبعة على الراهن^(١).

(٢) ولأنه وثيقة بالدين فلا يُضمن كالزيادة على قدر الدين وكالكفيل

والشاهد.

(٣) ولأنه مقبوض بعقد واحد بعضه أمانة فكان جميعه أمانة كالوديعة.

(٤) ثم إن الرهن وثيقة بدين فلا يجوز أن يسقط الدين بهلاكه إذ إن

السقوط يتنافى مع كونه وثيقة.

(٥) أن وجود المرهون في يد المرتهن حدث برضا الراهن فكان بسبب

الرضا أمينا كالوديعة بالنسبة للمودع.

واستدل الأحناف بما يأتي:

(١) قول النبي ﷺ: «الرهن بما فيه»^(٢).

وجه الدلالة من الحديث:

أن معنى الحديث أن الرهن يهلك بما رهن فيه وهو يدل على أن المرتهن

ضامن للرهن وأنه يذهب من حقه بقدر ما ذهب من المرهون وهو نص في

الباب لا يحتمل التأويل^(٣).

(١) المغنى (٤/٤٣٨)، نيل الأوطار (٥/٢٦٥).

(٢) رواه الدارقطني عن أنس بن مالك في البيوع (٣/٣٢)، ورواه أبو داود مرسلًا

مراسيل أبي داود رقم (١٩٠) وهو ضعيف.

نصب الراية (٤/٣٢١)، وأخرجه ابن أبي شيبه (٧/١٨٥) والبيهقي من حديث

زمعة ابن صالح (٦/٤١).

(٣) بدائع الصنائع (٦/١٥٤).

(٢) ما روي أن رجلا رهن فرسا فنفق (مات) في يده فقال النبي ﷺ للمرتكّن (ذهب حقك)^(١).

وادعى بعض الأحناف الإجماع على ذلك فالقول بالأمانة خرق الإجماع^(٢).

(٣) وقياس ذلك على أرش جناية العبد وهو يسقط بتلف العبد فكذلك الحق المرهون به يسقط بتلف المرهون لأن كلا حق قد تعلق بالعين.

المناقشة والترجيح

مناقشة أدلة المذهب الأول:

(١) أن الحديث الذي استدلوا به مرسل فلا يقوى للاحتجاج به. ويجب عن ذلك بأن الحديث صححه أكثر من واحد من علماء السنن كما سبق.

(٢) قالوا وعلى فرض صحته فإن معناه لا يهلك الرهن من صاحبه بمعنى أنه لا يضيع حقه فيه فإذا هلك ضمنه المرتكّن.

* ويجب عن ذلك:

أن معنى لا يملك من راهنه فإن الملك للراهن لذلك ثبت له غنمه وغرمه فيثبت ضمانه منه.

(١) والحديث مرسل ضعيف رواه أبو داود في مراسيله رقم (١٨٨) ط/ مؤسسة

الرسالة، وابن أبي شيبة في مصنفه (١٨٣/٧)، نصب الراية (٣٢١/٤)،

البيهقي في الرهن باب من قال الرهن مضمون عن عطاء (٤١/٦).

(٢) الهداية (١٢٧/٤).

مناقشة أدلة المذهب الثاني:

(١) أما الحديث الأول أن صح فمعناه أنه محبوس بما فيه.

(٢) أما الحديث الثاني فهو مرسل وقول عطاء يخالفه ولو صح فإن معناه ذهب حقل من الوثيقة وبقي الدين غير موثق بدليل أنه لم يسأل عن قدر الدين وقيمة الفرس.

فيترجح بعد عرض المذاهب والأدلة مذهب الجمهور القائل بأن ضمن التلف إنما هو من الراهن^(١).

وخصوصا إذا ثبت أن المرتهن لم يفرط فيه ولم يقصر في حفظه حرصا على حق كل منهما^(٢).

وينتهي النزاع في الرهن في هذه الحالة بهلاك الرهن بدون تفريط ولا تعد من المرتهن لأنه وثيقة فإذا هلك لم يعد الاستيثاق قائما.

(١) وعلى الرأي المرجوح أن المرتهن ضامن فقد اختلفوا في قدر الضمان فمن الفقهاء من رأي أن المرهون يضمن بالبدل أو بالدين أيهما أقل.

ومنهم من قال إنه مضمون بقيمته قلت أو كثرت وإن فضل للراهن شيء فوق دينه أخذه المرتهن، بدائع الصنائع (١٦٠/٦) بداية المجتهد (٢٢٤/٢)، حاشية الدسوقي (٣٤٤/٣)، مغني المحتاج (١٣٧/٢)، المذهب (٣١٦/١)، مغني المحتاج (١٣٧/٢)، المغني (٤٣٩/٤).

(٢) حاشية ابن عابدين (٣٤٢/٥)، بدائع الصنائع (١٥٤/٦)، (١٥٥) إشار الإنصاف في مسائل الخلاف لابن الجوزي (ص ٣٦٥) وما بعدها، بداية المجتهد (٢٢٤/٢)، القوانين الفقهية، (ص ٢٧٨)، مغني المحتاج (١٣٦/٢)، المذهب (٣١٦/١)، روضة الطالبين (٩٧/٤)، المغني (٤٣٨/٤).

المبحث الثالث

وسائل إنهاء النزاع بين الراهن والمرتهن

إذا ما وقع النزاع والخلاف بين الراهن والمرتهن ولم يمكن رفعه بما تقدم وبقي النزاع قائما فإن الشريعة الإسلامية حرصت على إزالة هذا النزاع بكثير من الوسائل منها:

(١) بناء على أن الرهن وثيقة بالدين أي بدلا عنه فإن البديل يسقط بسقوط المبدل.

(أ) وينتهي النزاع في الرهن وينفسخ عقده بسقوط دين الرهن والبراءة منه وسقوط دين الرهن يحصل بالإبراء أو الصلح عنه أو بالمقاصة مع دين آخر، وقد سبق شرح هذه الوسائل في الفصل الثالث.

(ب) وينفك الرهن أيضا بقضاء كل الدين وتوفية المدين كل حقه فإن قضى بعض الدين بقي كل المرهون مرهونا ببقية الدين وذلك لأن الرهن محبوس بحق فوجب أن يكون محبوسا بكل جزء منه أصله حبس التركة على الورثة حتى يؤدوا الدين الذي على الميت^(١).

فإذا قضى ما عليه من الدين أو أبرأ صاحبه منه فقد برئت ذمته وكذلك لو اعتاض الدين عينا ارتفع الرهن لتحول الحق من الذمة إلى العين.

(ج) وينتهي النزاع في الرهن بالإقالة.

(١) وقال بعض الفقهاء بل يبقى من الرهن بيد المرتهن بقدر ما بقي من الحق لأن

جميعه محبوس بجميعه فوجب أن يكون أبعاضه محبوسة بأبعاضه قياسا على

الكفالة. بداية المجتهد (٢/٢٢٣)، المغني (٤/٣٩٩).

فإذا اتفق العاقدان (الراهن والمرتهن) على فسخ العقد وفك المرهون ولو قبل الوفاء بالدين كان لهما هذا الحق إذ الحق فيه لهما فيجوز للمرتهن أن يتنازل عن المرهون يبقى دينه غير موثق لأن الحق له والعقد جائز من جهته^(١).

(د) وينتهي النزاع في الرهن ببطلان الرهن ويكون ذلك بترك الرهن في يد الراهن حتى باعه، أو تصرف فيه بهبة، أو غير ذلك لأن تركه على هذا الوضع كتسليم المرتهن بالأمر فصار في معنى الفسخ. وكذلك يبطل الرهن قبل قبضه بموت الراهن أو إفلاسه أو بالحجر عليه لمرض أو جنون إذا اتصلا بوفاته.

وذلك قبل القبض لأن الرهن في هذه الحالة عقد جائز^(٢) أما بعد القبض فلا يبطل الرهن بالاتفاق.

(هـ) وكذلك تنتهي المنازعة في الرهن بتسليم المرهون لصاحبه أو بهلاكه بدون تفريط ولا تعد من المرتهن لأنه وثيقة بالدين فإذا سلمه المرتهن أو هلك لم يعد الاستيثاق قائما فينتهي الرهن^(٣). والله أعلم

(١) بدائع الصنائع (٦/١٧٠).

(٢) يراجع الشرح الكبير وحاشية الدسوقي (٣/٢٤١)، وخالف الشافعية والحنابلة في الوفاة فقالوا لا يبطل الرهن بوفاة الراهن ولا المرتهن قبل التسليم ولا بجنون أحدهما ولا بالإفلاس، وقال الأحناف يبطل بموت الراهن أو المرتهن قبل التسليم ولا يبطل بإفلاس الراهن.

(٣) الدر المختار (٥/٣٦٤).

الفصل السادس التنازع في الشفعة

ويشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف الشفعة، ولمن تجب.

المبحث الثاني: صور التنازع في الشفعة.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التنازع في قدر الثمن وجنسه وصفته.

المطلب الثاني: التنازع في المبيع.

المطلب الثالث: التنازع في الخيار.

المبحث الثالث: وسائل إنهاء النزاع في الشفعة.

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: إسقاط حق الشفعة.

المطلب الثاني: وفاة الشفيع.

المطلب الثالث: الإبراء عن الشفعة.

المطلب الرابع: الصلح عن حق الشفعة.

المطلب الخامس: الإقالة من الشفعة.

المطلب السادس: إذا كان حق الشفعة بين اثنين فأكثر فباع أحدهما

نصيبه أو تنازل عنه فما الحكم؟

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

المبحث الأول

تعريف الشفعة، ولمن تجب؟

والشفعة لغة: مأخوذة من الشفع ضد الوتر، ومعناه الضم والزيادة فيقال شفعت الشيء شفعاً ضمته إلى الفرد فصار شفعاً ولهذا سميت الشفعة لأن صاحبها يشفع ماله بما فيضم إليه مالا غيره ويزيده^(١).

واصطلاحاً: استحقاق الشريك انتزاع حصته من شريكه المنتقلة من يد من انتقلت إليه^(٢).

وقيل: هي حق تملك العقار المبيع من مشتريه بما قام عليه من الثمن^(٣). والأصل فيها ما روي أن النبي ﷺ «قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود، وصرفت الطرق فلا شفعة»^(٤). والشفعة تجب للشريك باتفاق الفقهاء لأن النبي ﷺ قضى بالشفعة فيما لم يقسم^(٥).

(١) لسان العرب مادة شفع، مختار الصحاح (ص ٣٢٩).

(٢) المغني (٣٠٧/٥).

(٣) سبل السلام (٩٥/٣).

(٤) البخاري في الشفعة باب الشفعة فيما لم يقسم (١١٤/٣) ط/ بولاق، مسلم في

المساقاة باب الشفعة عن جابر بن عبد الله (١٢٢٩/٣) رقم (١٦٠٨) ط/ بيروت.

(٥) وزاد الأحناف ثبوتهما في حقوق المبيع كالطريق وخالف المالكية والحنابلة وقال

الشافعية لا تثبت في طريق الدار إلا إذا لم يكن للدار طريق آخر.

وأما ثبوتها للجار الملاصق فقد اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين:
 المذهب الأول: أنها ثبتت للجار وهو مذهب الأحناف.
 المذهب الثاني: أنها لا تثبت للجار وهو مذهب الجمهور الفقهاء من
 المالكية والشافعية والحنابلة.

الأدلة:

واستدل الأحناف على مذهبهم بما يأتي:

(١) قول النبي ﷺ «الجار أحق بصقبه»^(١)

وجه الدلالة من الحديث:

أن النبي ﷺ أثبت الشفعة للجار بعله قربه فالصقب معناه القرب.

(٢) ما روي أن النبي ﷺ سئل عن أرض بيعت وليس لها شريك ولها

جار فقال ﷺ «الجار أحق بشفعة جاره»^(٢).

(٣) وقول النبي ﷺ «جار الدار أحق بالدار»^(٣).

(١) البخاري في الخيل باب الهبة والشفعة (١١٥/٣)، ط/ الشعب، أبو داود

كتاب البيوع باب الشفعة (٢٨٦/٣)، ط/ بيروت.

(٢) أبو داود في البيوع باب الشفعة عن جابر بن عبد الله (٢٨٦/٣)، والترمذي

في الأحكام باب ما جاء في الشفعة للغائب (٦٤٢/٣)، وقال هذا حديث

غريب والعمل عليه عند أهل العلم سبل السلام (٩٩/٣).

(٣) صححه ابن حبان وخرجه النسائي، سنن النسائي (٣٢١/٧)، الإحسان لابن

بلبان (٥٨٥/١١) ط/ مؤسسة الرسالة وقال الترمذي حديث حسن صحيح

سنن الترمذي (٦٤١/٣) رقم (١٣٦٨).

وجه الدلالة:

أن الحديث نص في الباب حيث أثبت الشفعة للجار^(١).

(٤) ولأنه اتصال ملك يدوم ويتأبد فتثبت الشفعة به كالشركة.

استدل الجمهور على مذهبهم بما يأتي:

(١) أن النبي ﷺ قضى بالشفعة فيما يقسم.

فهذا يدل على أن الشفعة إنما يكون في الشركة فقط.

(٢) ولأن الشفعة تثبت على خلاف الأصل لمعنى، وهذا المعنى هو أن

الشريك ربما أدخل على شريكه من يتأذى به فتدعوه الحاجة إلى مقاسمته أو يطلب الداخل المقاسمة فيحصل الضرر على الشريك، وهذا المعنى معدوم في محل النزاع فلا حجة للجمهور ويأتي الرد عليها تثبت في الشفعة.

وأرى والله أعلم رجحان مذهب الأحناف لقوة ما استدلوا به، ولأن

في الأخذ به مصلحة الناس فإن الجار قد يتأذى بأن يأتي جاره بمن يتأذى به ويضره فتحوز الشفعة للجار وهو عمل الصحابة^(٢).

(١) سبل السلام (٩٧/٣).

(٢) يراجع في هذه المسألة، بدائع الصنائع (٥/٤-٥) بداية المجتهد (٢/٢٠٧)، الذخيرة

(٢٦١/٧)، مغني المحتاج (٢/٢٩٦-٢٩٧)، سبل السلام (٣/٩٥)، القوانين

الفقهية (ص ٢٤٦) العدة شرح العمدة (ص ٢٧٢)، المغني (٥/٣٠٨-٣٠٩).

المبحث الثاني صور التنازع في الشفعة.

المطلب الأول: التنازع في قدر الثمن.

قد يقع التنازع بين الشفيع والمشتري في قدر الثمن، فيقول المشتري اشتريته بألف، ويقول الشفيع بل بخمسمائة، فالجمهور من الفقهاء قالوا: إن القول قول المشتري بيمينه لأنه أعلم بما باشره من الشفيع.

ولأن الشقص ملكه فلا يترع من يده بالدعوى بغير بينة، ولأن الشفيع مدع والمشفوع عليه، وهو المشتري مدعي عليه فكان القول قوله عملاً بقول النبي ﷺ «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه» سبق.

وقال بعض التابعين القول قول الشفيع لأن المشتري قد أقر له بوجوب الشفعة وادعى عليه مقداراً من الثمن لم يعترف له به فكان الشفيع مدعي عليه فكان القول قوله.

وفصل أصحاب الإمام مالك في ذلك فقال ابن القاسم إن القول المشتري بلا يمين وفيما لا يشبه باليمين فإن أتى بما لا يشبه بالقول قول الشفيع. وقال أشهب إذا أتى بما يشبه^(١) فالقول قول المشتري بلا يمين وفيما لا يشبه باليمين.

ونقل عن مالك أنه قال: إذا كان المشتري ذا سلطان يعلم بالعادة أنه لا يزيد في الثمن قبل قول المشتري بغير يمين^(٢).

(١) وقد عبر الشافعية عن ذلك بقولهم إن ادعى مالا يكذبه الحس وهو قول الزركشي كما لو ادعى أن الثمن ألف دينار والمبيع يساوي ديناراً. مغني المحتاج (٢/٣٠٤).

(٢) الذخيرة (٣٣٦/٧)، حاشية الدسوقي (٤٨٨/٣)، بداية المجتهد (٢١٣/٢).

فإن كان للشفيع بينة حكم بها، وكذلك إذا كان للمشتري بينة حكم بها واستغنى عن اليمين.

فإذا أقام كل واحد منهما بينة وتساوت البينات في العدالة، فقليل: يسقطا معا ويرجع إلى الأصل من أن القول قول المشتري مع يمينه. وقيل: يقرع بينهما.

وقيل: تقدم بينة المشتري لأنها زادت علما وهو قول الصاحبين. أما أبو حنيفة فيقدم بينة الشفيع لأن بينة الخارج مقدمة على بينة الداخل والخارج هو الشفيع وهو مذهب الحنفي من الحنابلة والراجح الأول^(١) يسقطا معا ويرجعا إلى الأصل من أن القول قول المشتري مع يمينه.

وعلى هذا فإن لم يكن قول كل من المشتري والشفيع مشبها للتقدير المعقول ولم يكن لأحدهما بينة حلف كلم منهما على إثبات دعواه، ورد دعوى صاحبه، ورد الثمن إلى القيمة الوسط بين الناس وهي قيمة الحصة يوم البيع وكذلك لو نكلا عن حلف اليمين معا^(٢).

فإذا اختلفا في جنس الثمن^(٣) أو في صفته^(٤) فإن القول قول المشتري بيمينه أما في الجنس فلائن الشفيع يدعي عليه التملك بهذا الجنس هو ينكر

(١) بداية المجتهد (٢/٢١٢)، بدائع الصنائع (٥/٣٠-٣١)، تكملة فتح القدير

(٢٤/٧)، الذخيرة (٧/٣٣٥)، مغني المحتاج (٢/٣٠٤)، بلغة السالك

(٢/٣٣٦)، المغني (٥/٣٥٥).

(٢) بلغة السالك والشرح الصغير (٢/٢٣٦-٢٣٧).

(٣) مثل أن يقول المشتري اشتريت بمائة دينار ويقول الشفيع بل بألف درهم.

(٤) مثل أن يقول المشتري اشتريت بثلثين معجل ويقول الشفيع بل اشتريته بثلثين

مؤجل.

والقول قول المنكر مع يمينه، ولأن المشتري أعرف بجنس الثمن من الشفيع لأن الشراء وجد منه لا من الشفيع فكان أعرف به من الشفيع فيرجع إليه في معرفة الجنس.

وأما الصفة فلأن الحلول في الثمن أصل، والأجل عارض والمشتري يتمسك بالأصل فيكون القول قوله بيمينه، ولأن العاقد أعرف بصفة الثمن من غيره^(١).

فإن ادعى المشتري عدم العلم بالثمن فالقول قوله مع يمينه لأن ما يدعيه ممكن وتسقط الشفعة، لأنها لا تصح بغير بدل^(٢).

المطلب الثاني: التنازع في المبيع.

إذا اختلف المشتري والشفيع في المبيع أي فيما وقع عليه البيع فقال المشتري وقع البيع بصفتين وقال الشفيع وقع بصفة واحدة كأن يشتري دارا فيقول المشتري اشتريت^(٣) الأرض بألف والفناء بألف، ويقول الشفيع بل اشتريتهما جميعا بألفين والدار لي بفنائها.

فالقول قول الشفيع لأن أفراد كل واحد منهما بالصفقة حالة اتصالهما ليس بمعتاد بل العادة بيعهما صفقة واحدة فكان الظاهر شاهدا للشفيع فكن القول قوله.

ثم إن المشتري يقر بالشراء إلا أنه يدعي زيادة أمر وهو تفريق الصفقة فلا يصدق إلا بتصديق الشفيع أو بينة ولم توجد.

(١) بدائع الصنائع (٥/٣٠-٣١).

(٢) المغني (٥/٣٥٦).

(٣) فلا حق ولا شفعة لا في الدار لأنها في الفناء ليس داخلًا في الصفقة

فإن أقام واحد منهما بينة قبلت، فإن أقام كل واحد منهما بينة فالبينة بينة المشتري عند أبي يوسف وذلك لأنها أكثر إثباتاً لأنها تثبت زيادة صفقة فكانت أولى بالقبول فهو نظر إلى زيادة الصفقة.

وقال محمد بن الحسن بل البينة بينة الشفيع لأنها أكثر إثباتاً لأنها تثبت زيادة استحقاق وهو استحقاق البناء فكانت أولى بالقبول فهو قد نظر إلى زيادة الاستحقاق^(١) والأرجح الأول.

المطلب الثالث: التنازع في الخيار.

فإن اختلف البائع والمشتري مع الشفيع في البتات والخيار فقالا فكان البيع بالخيار ولم يمض فلا شفعة لك وأنكر الشفيع الخيار فالقول قول البائع والمشتري وعلى الشفيع البينة أن البيع كان باتاً وهذا عند أبي حنيفة^(٢) ومحمد وإحدى الروايتين عن أبي يوسف والأخرى أن القول قول الشفيع وذلك لأن الظاهر شاهد للشفيع لأن البتات أصل في البيع والخيار عارض فكان القول قول من يتمسك بالأصل^(٣) والراجح الأول^(٤).

(١) بدائع الصنائع (٣٢/٥-٣٣).

(٢) وحجة أبي حنيفة أن الشفيع يدعى ثبوت حق الشفعة وهما ينكران ذلك بادعاء الخيار في البيع فكان القول المنكر ولأن المبيع يقوم به العاقدان فكانا أعرف بالصفقة من الشفيع بدائع الصنائع (٣٣/٥).

(٣) بدائع (٣٣/٥).

(٤) المغني (٣٥٦/٥) وما بعدها.

المبحث الثالث

وسائل إنهاء النزاع في الشفعة.

وينتهي النزاع بين الشفيع والمشتري أو بينه وبين والبائع بأمر كثيرة منها:

المطلب الأول: إسقاط حق الشفعة:

وذلك الإسقاط لا بد أن يكون برضا الشفيع ويكون صراحة بالقول أو دلالة وضمتا مثل أن يقول الشفيع لا أرغب في الشفعة، أو لا أريدها، أو أسقطها أو أبطلها أو غير ذلك من الألفاظ الدالة على التنازل عن حق الشفعة^(١).

وذلك لأن الشفعة خالص حقه فيملك التصرف فيه استيفاء وإسقاطها كالإبراء عن الدين، والعفو عن القصاص^(٢).

ولا بد أن يكون هذا التنازل عن حق الشفعة بعد إتمام البيع وقبل الحكم بما للشفيع وذلك لأن البيع سبب لوجوب الشفعة، وإذا قدم حكم على سببه بطل إجماعا كما ذكر ذلك الإمام القرافي^(٣) فإسقاط الشفعة قبل العقد لا ينفذ^(٤) لأنه السبب.

(١) المغني (٣٧٩/٥).

(٢) بدائع الصنائع (١٩/٥).

(٣) حيث قال: متى كان للحكم سبب شرط فأخر عن سببه وشرطه صح إجماعا

فإن قدم عليهما بطل إجماعا ومن ذلك إسقاط حق الشفعة قبل عقد البيع لا

ينفذ لأنه سبب، الذخيرة (٣٧٨/٥).

(٤) وهل تسقط المطالبة بالشفعة بتنازل الشفيع عن حقه في الشفعة قبل البيع؟

وبعد العقد ينفذ^(١).

وأما اشتراط أن يكون التنازل قبل الحكم بها لأنها بعد الحكم بها صارت في ملكه ولا يملك إسقاطها وتمليكها لغيره إلا بعقد ناقل للملكية^(٢).

=

فالجمهور من الفقهاء الأحناف والمالكية والشافعية وظاهر مذهب أحمد على أن حق الشفعة لا يسقط حينئذ وله المطالبة به متى وجد البيع، وقال الإمام أحمد في رواية وطائفة من أهل الحديث: إن المطالبة بالشفعة تسقط في هذه الحالة لقول النبي ﷺ «من كان له شريك في أرض ربعة أو حائط فلا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك»، وفيه دليل على جواز تركه قبل البيع ولا يطالب به بعد ذلك، وامتناع الشفيع من الأخذ دليل على عدم ضرر في حقه، وإن كان فيه ضرر فقد أدخله على نفسه فلا يستحق الشفعة كما لو أخر المطالبة بعد البيع والراجح الأول لأنه أسقط الحق قبل وجوبه فلم يصح كما لو أسقطت المرأة صداقها قبل التزويج. المغني (٣٧٩/٥ - ٣٨٠).

(١) أما في القانون فقد نصت المادة (٩٤٨) من القانون المدني على أن حق الشفيع يسقط إذا نزل عن حقه في الأخذ بالشفعة ولو قبل البيع حتى صدور الحكم النهائي، (أسباب كسب الملكية في القانون المدني. د. أحمد هيكل (ص ٢٩٦، ٢٩٥)).

(٢) وقد اتفق القانون المدني مع هذا المبدأ فإن الشفيع لا يستطيع إن يترل عن حقه بعد ذلك بإرادته وحدها حيث يترتب على صدور الحكم ثبوت الحق في ملكية العقار للشفيع ولا ينتقل منه إلا بقدر ناقل الملكية، (أسباب كسب الملكية (ص ٢٩٦)).

أما التنازل عن الشفعة دلالة بأن يوجد من الشفيع ما يدل على رضاه بالعقد وتركه لحق الشفعة مثل ترك المطالبة بالشفعة بعد علمه بالبيع مع القدرة على الطلب من غير عذر يبيح التأخير^(١).

فإذا ترك الشفيع المطالبة بالشفعة حين علم بالبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لإعراضه عن الطلب^(٢).

وكذلك إذا قام من المجلس أو تشاغل عن الطلب بعمل آخر^(٣).

(١) وقد حدد بعض الفقهاء هذه بمدة عام فأكثر مع علمه وحضوره، والحكمة من ذلك أن ملكية المشتري يجب ألا تظل مهددة مدة طويلة فحدد لذلك مدة زمنية لإعلان الرغبة في الشفعة، أما القانون المدني فقد حدد هذه المدة بأربعة أشهر من يوم تسجيل البيع وبمضي هذه المدة يسقط الحق وتعتبر هذه المدة سقوط لا تقادم، (أسباب كسب الملكية (ص ٢٩٧)).

وحكي عن ابن أبي ليلى والثوري أن مقدار هذه المدة ثلاثة أيام لأنها حد خيار الشرط فصلحت حدا لهذا الخيار.

وذهب الأحناف والشافعية في قول والصحيح في مذهب الإمام أحمد أن الشفعة على الفور إن طالب بها ساعة أن يعلم بالبيع وإلا بطلت والأصح أنها على الفور حتى يندفع الضرر عن المشتري، بدائع الصنائع (٢١/٥)، مغني المحتاج (٣٠٧/٢)، والمغني (٣٢٤/٥)، بداية المجتهد (٢١٢/٢)، الدسوقي (٤٨٨/٣)، القوانين الفقهية (ص ٢٤٦).

(٢) الهداية (٣٧-٣٨).

(٣) بدائع الصنائع (٢١/٥).

وكذلك يُعدّ من التنازل ضمنا عن الشفعة أن يساوم الشفيع المشتري على شراء ما اشتراه، أو إيجاره لأن مساومته دليل على إعراضه عن الأخذ بالشفعة^(١).

وكذلك تسقط الشفعة إذا تنازل الشفيع عن بعض المشفوع فيه كالنصف فإنه بذلك يسقط حقه في كل المبيع لأن الشفعة حق لا يقبل التجزئة وهو لا يملك حق تفريق الصفقة على المشتري فسقطت شفعته في الكل منعاً من إضرار المشتري في تفريق الصفقة عليه^(٢).

المطلب الثاني: وفاة الشفيع.

وتسقط الشفعة بوفاة الشفيع لأن حق الشفعة لا يورث ولأنه بالموت يزول ملك الشفيع عن داره، ويثبت الملك للوارث بعد البيع والمطلوب تحقق الملك وقت البيع وقال الحنابلة إنما تسقط إن مات الشفيع قبل طلب الشفعة فإن طالب بها وأشهد على ذلك، فإنها تورث وللورثة المطالبة بها، وكذلك قال المالكية والشافعية إذا مات الشفيع بعد الطلب قبل الأخذ بالشفعة^(٣).

وهذه الحالة من حالات إنهاء المنازعات عامة.

(١) بدائع الصنائع (٢١/٥).

(٢) مغني المحتاج (٣٠٦/٢) المغني (٣٢٨/٢-٣٢٩).

(٣) بدائع الصنائع (٢٢/٥)، الدر المختار (١٧٠/٥)، تكملة فتح القدير

(٤٤٦/٧) تبين الحقائق (٢٥٧/٥)، بداية المجتهد (٢١٢/٢) الدسوقي

(٤٤٨/٣)، المدونة (٢١٨/٤)، المهذب (٣٨٣/١) مغني المحتاج (٣٠٥/٢)،

نهاية المحتاج (١٥٨/٤).

المطلب الثالث: الإبراء عن الشفعة.

والفقهاء اشترطوا في الإبراء أن يقع على محل قابل للإسقاط بمعنى أن يكون الحق المبرأ منه قابلاً للإسقاط والحق القابل للإسقاط هو الدين، وحق الشفعة، وحق المسيل^(١) وخيار الشرط وغير ذلك وعليه فلو أبرأ الشفيع البائع من حق الشفعة لم يكن له المطالبة به بعد ذلك لأن الإبراء إسقاط والشفعة حق نحاص له فيملك إسقاطه والساقط لا يعود^(٢) وتختلف عن الوسيلة الأولى في الألفاظ.

المطلب الرابع: الصلح عن حق الشفعة.

فإن قال الشفيع للمشتري صالحني على مال فصالحه فإن هذا الصلح غير صحيح وعليه رد العوض الذي أخذه وهذا مذهب الجمهور من الأحناف والشافعية والحنابلة. وحثهم في ذلك:

أنه خيار لا يسقط إلى مال فلم يجر أخذ العوض عنه كخيار الشرط. ولعدم ثبوت الحق في المحل لن الثابت للشفيع حق التملك وهو عبارة عن ولاية التملك وأنها معنى قائم بالشفيع فلم يصح أخذ العوض عنه فبطل الصلح ولم يجب العوض^(٣).

(١) والمراد به حق صرف الماء الزائد عن حاجة الأرض.

(٢) درر الأحكام شرح مجلة الأحكام (١٢/٥٧-٥٨)، بدائع (١٩/٥)، الأشباه

والنظائر لابن نجيم (ص ٣٤٧).

(٣) البدائع (٢١/٥).

ومع عدم صحة هذا الصلح إلا أنه يسقط به حق المطالبة بالشفعة^(١) لتضمن الصلح الإعراض عن الشفعة^(٢).

ومذهب المالكية أن هذا الصلح صحيح لأنه عوض عن إزالة ملك، فجاز أخذ العوض عنه كتمليك امرأة أمرها وهو الخلع.

ويطل هذا بخيار الشرط وأما الخلع فإنه معاوضة عما ملكه بعوض. فالراجح مذهب الجمهور لقوة أدلتهم^(٣).

المطلب الخامس: الإقالة من الشفعة.

وإقالة الشفيع للبائع بعد ثبوت الشفعة له لا تصح لأنه إقالة تكون بين المتبايعين وليس بين الشفيع والبائع بيع وإنما الشفيع مشتر من المشتري فإنه باعه إياه صح البيع لأن العقار يجوز التصرف فيه قبل قبضه^(٤) وبهذه الوسائل ينتهي التراع في الشفعة.

(١) وقال القاضي من الحنابلة لا يسقط الصلح حق المطالبة بالشفعة لأنه لم يرض بإسقاطها وإنما رضي بالمعاوضة عنها ولم تثبت المعاوضة فبقيت الشفعة المغني (٣٢٨/٥).

(٢) بدائع الصنائع (٢١/٥)، الهداية (٣٨-٣٧/٤)، مغني المحتاج (٣٠٩/٢)، المغني (٣٢٨/٥).

(٣) تكملة فتح القدير (٤٤٣/٧)، الدر المختار (٣٠٩/٥)، الذخيرة (٣٥١/٥)، مغني المحتاج (٣٠٩/٢)، المغني (٣٢٨/٥).

(٤) المغني (٣٣٩/٥).

المطلب السادس: إذا كان حق الشفعة بين اثنين فأكثر فباع أحدهما نصيبه أو تنازل عنه.

فإذا كلن الشقص المشفوع بين شفعاء^(١) فترك بعضهم نصيبه فليس للباقيين إلا أخذ الجميع، أو ترك الجميع وليس لهم أخذ البعض ولا خلاف بين الفقهاء في ذلك.

(١) وقد اختلف الفقهاء فيما إذا كانت الشفعة بين الثلاثة أو أكثر وكان لأحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللثالث سدسها كيف تقسم الشفعة عليهم.

فذهب المالكية والشافعية في قول، والصحيح عند الحنابلة أن الشفعة تقسم عليهم على قدر أملاكهم وسهامهم.

وذهب الأحناف والقول الثاني للشافعية وإحدى الروايتين عن الإمام أحمد إلى أن الشفعة تقسم عليهم على عدد رؤوسهم.

واحتج أصحاب المذهب الأول بأنه حق يستفاد بسبب الملك فكان على قدر الأملاك كالغلة والأجرة فيأخذ كل واحد من الشركاء الشفعاء بقدر ما يملكه في العقار المشفوع به وفيه.

ولأن الشفعة شرعت لإزالة الضرر، والضرر داخل على كل واحد من الشريكين بحسب نسبة ما يملكه لا بحسب التساوي فوجب أن يكون استحقاقهم لدفع الضرر لى تلك النسبة من الحصص.

وحجة الأحناف أن السبب في وضع الشركة أصل الشركة وقد استويا فيه فيستويان في الاستحقاق والراجح المذهب الأول لأن فيه المصلحة ودفع الضرر بقدره. يراجع في هذه المسألة بدائع الصنائع (٥/٥-٦)، تبين الحقائق (٥/٢٤١)، الدر المختار (٥/١٥٤)، تكملة فتح القدير (٧/٤١٤)، الدسوقي

وذلك لأن في أخذ البعض إضرارا بالمشتري بتبعض الصفقة عليه والضرر لا يزال بالضرر كما قرر الفقهاء.

ولأن الشفعة إنما تثبت على خلاف الأصل دفعا لضرر الشريك الداخل خوفا من سوء المشاركة ومؤنة القسمة، فإذا أخذ بعض الشفعة لم يندفع الضرر عنه فلم يتحقق المعنى المجوز لمخالفة الأصل فلا تثبت.

وكذلك إذا كان الشفيع واحدا لم يجز له أخذ بعض المبيع فإن فعل سقطت شفعته لأنها لا تتبعض فإذا أسقط بعضها سقط جميعها كالقصاص^(١).

والله أعلم

(٣/٤٨٦)، بداية المجتهد (٢/٢١٠)، مغني المحتاج (٢/٣٠٥)، المذهب

(١/٣٨١)، المغني (٥/٣٦٣)، كشف القناع (٤/١٦٤).

(١) المراجع السابقة، المغني (٥/٣٦٦، ٣٦٧)، الدسوقي (٣/٤٩٠)، الدر

المختار (٥/١٥٦).

الفصل السابع التنازع في الحقوق المشتركة

ويشتمل على أربعة مباحث:

المبحث الأول: التنازع في فتح باب أو نافذة أو غرز خشبة في الحائط المشترك، ووسائل إهمائه.

المبحث الثاني: التنازع في وضع خشبة على الحائط المشترك أو حائط الجار ووسائل إهمائه.

المبحث الثالث: الانتفاع بالحائط المشترك بما سوى ذلك.

المبحث الرابع: التنازع في ملك الحائط المشترك.

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أُسْكُنَا النِّمْرَ الْفَرَوَسِي
www.moswarat.com

الفصل السابع التنازع في الحقوق المشتركة

تمهيد

العقار الذي يكون للإنسان إما أن يكون مملوكا له ملكا تاما ليس لأحد فيه حق وحينئذ يجوز له التصرف في ملكه بأي شكل يراه من هدم وإصلاح وفتح باب فيه أو نافذة أو غير ذلك من أوجه التصرف المشروع، حتى ولو كان ذلك يضرّ غيره إلا أن الامتناع عما يؤذي الجار واجب ديانة لقول النبي ﷺ «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يؤذ جاره»^(١).

وإما أن يكون مملوكا له ملكا ناقصا بمعنى أن يكون عقارا أو حائطا مشتركا بينه وبين جاره وهذا الذي يقع فيه التنازع والاختلاف.

(١) صحيح البخاري. كتاب الأدب من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يؤذ جاره (٢٢٤٠/٥) ط/ بيروت. وصحيح مسلم كتاب الإيمان باب الحث على إكرام الجار والضيف (٦٨/١) ط/ الحلبي.

المبحث الأول

التنازع في فتح باب أو نافذة في الحائط المشترك.

قد يتنازع الشريكان في الحائط الذي بينهما فيريد أحدهما فتح باب في هذا الحائط المشترك بينهما أو غرز وتد فيه.

فإن كان حين قسمة تراضيا على عدم وجود مخرج لأحدهما فإن القسمة تكون باطلة ما لم يكن لصاحب الحصة التي لا مخرج لها مكان آخر يمكن أن يجعل فيه مخرجا.

وظاهر مذهب المالكية المنع مطلقا ولو تراضيا بعد القسمة على خروج من لم يحصل المخرج في نصيبه من المخرج الذي حصل للآخر لوقوع العقد فاسداً والغالب عدم انقلابه صحيحاً^(١).

فإن كان له مخرج وأراد فتح باب آخر أو نافذة في هذا الحائط المشترك.

فإن الفقهاء اتفقوا على أنه لا يجوز لأحدهما فتح باب أو نافذة في الحائط المشترك بينهما بدون رضى شريكه بذلك.

ويشترط في ذلك أيضا ألا يكون في هذا التصرف ضرر على شريكه بأن يكون فتح هذا الباب أو النافذة يضرّ بالحائط بأن يؤدي إلى تصدع جدرانه أو تعرضه للهدم أو غير ذلك.

أو يكون فتح هذه النافذة يكشف ستر جاره الشريك أو غير الشريك.

(١) حاشية الدسوقي (٥٠٩/٣).

وكذلك غرز الوتد في الحائط المشترك لا يجوز إلا بإذن الشريك^(١).
قال في المغني:

ولا يجوز أن يفتح في الحائط طاقا ولا بابا إلا بإذن شريكه لأن ذلك انتفاع بملك غيره، وتصرف فيه بما يضر به، كما لا يجوز أن يغرز فيه وتدا^(٢).

وإذا منع من فعل ذلك فيما له فيه حق فمنعه من فعله في حائط جاره أولى لأنه لا حق له فيه.

وسيلة إنهاء هذا النزاع.

وإذا وقع هذا النزاع والخلاف فيجوز لهما إنهائه بالصلح على فتح الباب أو النافذة في هذا الحائط المشترك ويدفع له عوضا عن هذا الحق.

وقال بعض الشافعية يجوز الصلح بينهما بشرط عدم دفع عوض فدفع العوض في فتح الكوة (النافذة) لا يجوز.

وإلا كان صلحا على الضوء والهواء المجرد ودفع العوض عن هذه الأشياء لا يجوز لأنها ملك للجميع.

(١) قال الشافعية: إن الخلاف كما يجري في وضع الخشبة على الحائط المشترك

يجري أيضا في وضع الخشبة فيه ففي الجديد لا يجوز بغير إذن الشريك وفي

القديم يجوز بغير إذن الشريك مغني المحتاج (١٨٧/٢).

(٢) المغني (٤/٥٥٤-٥٥٥).

فإن تصالحا على فتح الباب أو النافذة فيجوز له فتحها حتى ولو كان ذلك يضرّ بشريكه لأن الشريك يكون هو الذي أوقع الضرر على نفسه، إلا إذا كان الشريك لا يعلم ضرر هذا الفتح على الحائط فإنه لا يجوز^(١).

(١) يراجع في ذلك، بدائع الصنائع (٢٦٤/٦-٢٦٥)، حاشية رد المحتار (٣٧٣/٤)، الذخيرة للقرافي (١٧٥/٦)، مغني المحتاج (١٨٩/٢)، المجموع شرح المذهب (٤٠٢/١٣-٤٠٣)، روضة الطالبين (٢١٣/٤)، المغني (٥٥٥-٥٥٤/٤).

المبحث الثاني

التنازع في وضع خشبة على الحائط المشترك.

قد يتنازع الشريكان في الحائط المشترك فيريد أحدهما وضع خشبة عليه ويمتنع الآخر لخوفه من سقوط هذا الحائط فإن كان وضع الخشبة على الحائط يضرّ بالحائط لضعفه عن حمله لم يجز بلا خلاف بين الفقهاء لقول النبي ﷺ «لا ضرر ولا ضرار» سبق.

فإن كان وضع الخشبة على الجدار لا يضر به فلا يجوز ذلك إلا بإذن الشريك وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي في الجديد وقال الشافعي في القديم^(١) يجوز له ذلك بدون إذن منه وهو قول الحنابلة.

فإذا امتنع الشريك أجبر عليه إذا كان الجذع خفيفا ومحل ذلك ما لم يضرّ بالشريك وكانت هناك حاجة لذلك.

الأدلة.

واستدل أصحاب القول الأول الذي قال يشترط إذن الشريك بما يأتي.

(١) قول النبي ﷺ [لا يحل لامرئ من مال أخيه إلا ما أعطاه عن طيب

النفس]^(١)

(١) وليس التعبير بالقديم دليل على ضعفه عنده بل هو منصوص عليه في الجديد

أيضا حكاها البويطي عن الشافعي وهو من رواة الجديد وظاهره أن القول

القديم له شروط منها أن لا يحتاج المالك إلى وضع الخشبة على الحائط، وأن لا

يزيد الجار في ارتفاع الجدار وأن لا يضع عليه ما لا يحتمله الجدار ولا يضرّ به

وأن لا يملك الجار شيئا من جدار البقعة التي يريد تسقيفها وأن لا يملك إلا

جدارا واحدا، مغني المحتاج (٢/١٨٧)، روضة الطالبين (٤/٢١٢).

وجه الدلالة:

أن النبي ﷺ لم يحل أخذ المال إلا بالإذن فكذلك الانتفاع بملك الغير لا بد فيه من الإذن ولو كان له فيه حق.

(٢) قول النبي ﷺ «لا ضرر ولا ضرار».

وجه الدلالة من الحديث.

أن الانتفاع بملك الغير بدون إذنه ورضاه ضرر عليه إذ فيه الانتفاع بماله بدون رضاه حتى ولو كان هذا الانتفاع لا يضر بالحائط.

(٣) ولأنه انتفاع بملك غيره فلا بد له من إذن مالكه كالحمل على بهيمته والبناء في أرضه.

واستدل أصحاب المذهب الثاني الذين قالوا يضع بدون إذن الشريك بما يأتي:

(١) ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه قال: قال النبي ﷺ «لا يمنع أحدكم جاره أن يضع خشبة على جداره»^(١).

=

(١) السنن الكبرى للبيهقي كتاب الغصب باب لا يملك بالجنابة شيئاً بروايات مختلفة (٩٧/٦)، قال الزيلعي إسناده جيد وأخرج نحوه عن أنس بإسنادين في الأول مجاهيل وفي الثاني على بن زيد بن جدعان ذكره ابن الجوزي في الضعفاء نصب الراية (١٦٩/٤)، سنن الدارقطني (٢٥/٣).

(٢) صحيح البخاري، في المظالم باب لا يمنع جارّ جاره أن يغرز خشبة في جداره (١٧٣/٣) ط الشعب، صحيح مسلم كتاب المساقاة باب غرز الخشبة في جداره (١٢٣٠/٣) رقم (١٦٠٩) ط الحلبي والروايات للحديث في وضع الخشبة في الجدار وليس عليه.

وجه الدلالة من الحديث.

أن النبي ﷺ نهي الجار أن يمنع جاره من وضع خشبة على جداره هو الذي يملكه، وهذا قول بعض العلماء في أن الضمير يعود على صاحب الجدار، وإذا كان لا يجوز منعه من وضع خشبة على الجدار الذي لا يملكه فالقول بوضع الخشبة على الجدار الذي هو في الشريك أولى.

خلافًا لما قاله بعض العلماء من أنه لا يمنع جاره من وضع خشبة على جدار ذلك الجار حتى ولو كان يضر به من منع الهواء أو الضوء عنه.

(٢) ولأنه إذا وجب بذل فضل الماء لاستغنائه عنه وحاجة غيره إليه وجب بذل فضل الحائط لاستغنائه عنه وحاجة جاره إليه.

المناقشة والترجيح:

مناقشة أدلة أصحاب المذهب الثاني:

(١) أما حديث أبي هريرة فإنه يحمل على الاستحباب لا الوجوب وإن النهي فيه للترية وحمله بعضهم على إذا ما تقدم الاستئذان.

(٢) وأما الماء فإنه غير مملوك والحائط مملوك ولأن الماء لا تنقطع مادته والحائط بخلافه^(١).

فالراجح المذهب الأول وقد نص كثير من الفقهاء على تصحيحه^(٢) وقطع به جماعة من الشافعية وغيرهم وعلى الرأي الراجح فلا بد من رضئ الشريك المالك، فإن رضئ بلا عوض فهو عارية إن كان الحائط خاصًا به يرجع فيها قبل وضع الجذوع على الحائط والبناء عليها قطعًا

(١) المجموع شرح المذهب (١٣٤/٦)، بدائع الصنائع (٢٦٤/٦)، الذخيرة

(١٨٥/٦)، روضة الطالبين (٢١٣-٢١٤/٤) المغني (٥٥٥/٤).

(٢) كصاحب المذهب والجرجاني والشاشي.

وبعد ذلك على الأصح وإذا رجع بعد البناء لا يتمكن من قلع هذه الجذوع بحانا وفيه وجهان للشافعية أحدهما أن يخير بين أن يبقى هذه الجذوع بأجرة وبين أن يقلع ويضمن أرش النقص كما لو أعار أرضا للبناء، والوجه الثاني ليس له إلا الأجرة ولا يملك القلع أصلا، لأن ضرر القلع يصل إلى ما هو ملك المستعير.

وإذا رفعها صاحبها لم يملك إعادتها بغير إذن جديد على الأصح، وكذلك إذا سقط الجدار فبناه مالكة لأن الإذن تناول مرة واحدة. إنهاء هذا التراع.

فإن صالحه على وضع الخشبة على الحائط فيجوز^(١) ذلك الصلح وينتهي به التراع على أن يدفع له عوضا مقابل الوضع إن قلنا بعدم إجباره على السماح له بوضع الخشب على الجدار.

والقولان يجريان في الشريك كما يجريان في الجار بل في الشريك أولى.

(١) ولا بد حينئذ عند إتمام الصلح أن تكون الأخشاب معلومة فيقول صالحني على أن أضع هذا الأخشاب بكذا فإن أطلقا ذلك ولم يقدره بمدة معلومة كان ذلك تبعا لمغازز الجذوع، وإن قدره بمدة كان إجارة تنقضي بانقضاء المدة هكذا ذكره الشيخان أبو حامد وأبو إسحاق والقاضي أبو الطيب من الشافعية وقال ابن الصباغ لا يكون ذلك بيعا بحال لأن البيع يتناول الأعيان وهذا الصلح على وضع الخشب لا يملك به الواضع شيئا من الحائط الذي يضع عليه، ولأنه لو كان بيعا لملك جميع الحائط ولكان يملك أخذ الأنقاض إذا تهدم وهذا لا يقول به أحد. فإن أقر صاحب الحائط لصاحب الخشب أن له حق الوضع على جداره لزم ذلك في الحكم فإن تقدمه صلح لزم ظاهرا وباطنا وإن لم يتقدمه صلح لزم في الظاهر دون الباطن. المجموع (١٣/٤٠١-٤٠٢).

المبحث الثالث

الانتفاع بالحائط المشترك بما سوى ذلك.

وأما الانتفاع بالحائط المشترك بما لا يقع فيه ضرر على الشريك ولا يقع به ثقلا على الحائط فإنه يجزى استقلالاً بدون إذن من الشريك وذلك كإسناد المتاع إلى الحائط أو الاستناد إليه ولا يمنعه شريكه ولا جاره لأنه عند محض فإن امتنع عن نفع شريكه بما لا يضره يجبر على قسمته بينهما تحصيلاً للانتفاع بالملك.

وقال أصبغ من المالكية: لا يقسم إلا عن تراض وبالقرعة لتوقع الضرر في قسمة الجدار، وكذلك الخلاف بين صاحب العلو والسفل وأما عمارة الجدار المنهدم فقليل يجبر على الإصلاح وقيل لا^(١).

(١). بدائع الصنائع (٢٦٤/٦-٢٦٥) الذخيرة (١٨٤/٦-١٨٥) روضة الطالبين (٢١٣/٤-٢١٤)، المجموع (٤٠٧/١٣-٤٠٨)، مغني المحتاج (١٨٩/٢)، المغني (٥٥٥/٤)، القوانين الفقهية (ص ٢٩١).

المبحث الرابع

التنازع في الملك الحائط المشترك.

فإن تنازعا في أصل الحائط فإن كان العقد لهما فإن الجدار بينهما لا استوائهما في السبب بعد أيماهما.

فإن كان لأحدهما فيه كوة (نافذة) مفتوحة وليس لأحدهما بينة فإن الجدار لمن فيه مرافقة فإن كانت الكوة لهما فهو بينهما، فإن كان لأحدهما فيه خشب ولا عقد لأحدهما لمن عليه حملة، وإن كان حملهما عليه فهو لهما، وخالف سحنون من المالكية في ذلك وسبب الخلاف هل الحمل دليل على الملك أم لا^(١).

ولهما التصالح على قسمته بينهما إذا تراضيا على ذلك ولم يكن لأحدهما بينة تثبت ملكه حسما للتراع بينهما.

فإن كان فتح الباب والكوة على طريق المسلمين فإنه يجوز ذلك إذا لم يضر بالمارين في الطريق فإن أضر فلا يجوز والأمر يرجع في تقدير ذلك للحاكم أو ولي الأمر.^(٢)

والله أعلم

(١) الذخيرة (٦/١٨١).

(٢) المراجع السابقة.

الفصل الثامن التنازع في الإجارة

ويشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: في تعريف الإجارة، وحكمها.

المبحث الثاني: أسباب التنازع في الإجارة وصوره وفيه ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: التنازع بسبب الاختلاف في قدر الأجرة.

المطلب الثاني: التنازع بسبب الاختلاف في مدة الإجارة.

المطلب الثالث: التنازع بسبب ضمان العين المستأجرة.

المبحث الثالث: وسائل إنهاء التنازع في الإجارة.

الفصل الثامن التنازع في الإجارة المبحث الأول

في تعريف الإجارة وحكمها

والإجارة في اللغة: اسم للأجرة ومشتقة من الأجر وهو العوض قال تعالى ﴿لَوْ شِئْتَ لَتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا﴾ [الكهف: ٧٧]

وقد سمي الثواب أجرا لأن الله تعالى يعوض العبد به على طاعته^(١) وشرعا: عرفها الفقهاء بتعريفات كثيرة تدور جميعها حول معنى أن الإجارة عقد على تملك المنافع المباحة، مدة معلومة، بعوض بشروط مخصوصة.

شرح التعريف:

فقوله «عقد» جنس في التعريف يشمل كل عقد وقوله «تمليك المنافع» قيد يخرج به البيع والهبة الصدقة فإنها تملك ذوات. وقال بعض الفقهاء إن الإجارة نوع من البيع لأنها تملك من كل واحد منهما لصاحبه فهي بيع المنافع، والمنافع بمرتبة الأعيان لأنه يصح تملكها في حال الحياة وبعد الموت، وتضمن البد والإتلاف، ويكون عوضها عينا ودينا وإنما اختصت باسم كما اختص السلم والصرف. وأما قوله «مباحة» فيخرج المنافع المحرمة كالاستئجار على سقي الخمر أو عصره أو الغناء.

وقوله «مدة معلومة» أخرج النكاح والجعل.

(١) لسان العرب (٥٨/١) دار صادر بيروت.

وقوله «بعوض» متعلق بتمليك أي تمليك بعوض وهو الأجرة^(١).

أما حكم الإجارة

فقد ذهب جمهور الفقهاء والصحابة والتابعين إلى مشروعية الإجارة وقد نقل عن بعض الفقهاء^(٢) عدم مشروعيتها.

واستدل الجمهور على مشروعية الإجارة بأدلة كثيرة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

أما الكتاب:

(١) قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦].
وجه الدلالة من الآية: فإن الله أمر الآباء بأن يعطوا أمهات الأطفال الأجرة إذا أرضعن لهم فدل ذلك على جواز أخذ الأجرة على العمل وهو معنى الإجارة.

(١) تكملة فتح القدير (٥٨/٩) ط دار الفكر، البناية شرح الهداية (٢٢١/١٠)

ط/ بيروت، بدائع الصنائع (٥١١/٥) ط/ بيروت، المبسوط (٧٤/١٥)،

حاشية الدسوقي (٢/٤)، مغني المحتاج (٣٣٢/٢)، المغني (٤٣٣/٥).

(٢) كعبد الرحمن بن الأصم وابن علي وحكي صاحب البحر من الزيدية أن المنع

منقول عن الحسن البصري وابن علي والقاشاني والنهراواني وابن كيان فإنهم

يرون عدم مشروعية الإجارة.

وحكي صاحب كتاب شرح الأزهار أن هؤلاء يرون أن الإجارة مشروعة ولكنها

غير لازمة وقال وهذا أقرب من حكاية كونها غير صحيحة عندهم إذ لا يبعد

أن صحتها مما علم من الدين بالضرورة كالبيع.

بداية المجتهد (١٧٨/٢)، المغني (٤٣٢/٥)، البحر الزخار (٢٩/٤، ٣٠)، شرح

الأزهار (٣٤٨/٣)، إعلام الموقعين (٣٥٢/١).

(٢) قوله تعالى: ﴿قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَأْبَتِ اسْتَعْجِرُهُ إِنِّ خَيْرٌ مِّنْ اسْتَعْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ﴾ [القصص: ٢٦].

وجه الدلالة من الآية: أن الآية صريحة في جواز الإجارة، وإن كان شرع من قبلنا فإنه شرع لنا ما لم يرد في شرعنا ما ينسخه ولم يرد. أما السنة:

(١) ما روي أن النبي ﷺ قال: «ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطي بي ثم غدر ورجل باع حرا فأكل ثمنه ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يوفه أجره»^(١)

وجه الدلالة من الحديث: أن الله توعده على لسان نبيه ﷺ من يمنع الأجير أجره بعد استيفاء العمل وهذا يستلزم مشروعية الإجارة.

(٢) ما روي أن النبي ﷺ قال: «أعطوا الأجير حقه قبل أن يجف عرقه»^(٢)

(٣) وما روي أن رسول الله ﷺ وأبا بكر رضي الله عنهما «استأجرا رجلا من بني الديلي هاديا ودليلا وهو على دين كفار قريش فدفعوا إليه راحلتهما وواعداه غار ثور بعد ثلاث ليال براحتيهما»^(٣).

(١) صحيح البخاري (٧٧٦/٢) كتاب البيوع باب إثم من باع حرا طب بيروت.
(٢) رواه ابن ماجه في سننه كتاب الرهون بأن أجر الأجراء رقم (٢٤٤٣) والبيهقي (١٢١/٦) كتاب الإجارة باب إثم من منع الأجير أجره وهو ضعيف لأن فيه شرقي بن قطامي ضعفه زكريا الساجي وقال إبراهيم الحربي تكلم فيه، وكان صاحب سمر يغني ولم يكن صاحب حديث له عشرة أحاديث فيها مناكير وفيه أيضا محمد بن زياد الراوي عنه وهو ضعيف سبل السلام (١٠٧/٣) نصب الراية (١٢٩/٤) مجمع الزوائد (١٠١/٤).

(٣) صحيح البخاري (٣٣٠/٧) كتاب مناقب الأنصار باب هجرة النبي ﷺ والصحبة إلى المدينة رقم (٣٩٠٥).

وأجمعت الأمة على مشروعية الإجارة وما حكى عن المخالف لا ينقض الإجماع، لأنه خلاف بعد انعقاد الإجماع.

أما المعقول:

فلأن الحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان فكانت مشروعة كالبيع، ولا يخفى ما للناس من الحاجة إلى المنافع فإنه ليس لكل واحد من الناس دار يملكها ولا سيارة يسافر بها ولا يلزم على أصحابها إسكانهم وحملهم تطوعاً فلذلك شرعت الإجارة.

أما حجة المانعين للإجارة. فقالوا: إن الإجارة عقد على المنافع والمنافع وقت العقد معدومة فكان العقد عليها غرر ومن بيع ما لم يخلق وهذا لا يجوز.

ويناقش هذا: بأن المنافع مقدرة الوجود شرعاً فإنها مستوفاة في الغالب ولم سلم أنها معدومة حين العقد فلا نسلم اشتغال العقد عليها على غرر لأن من شرط صحة الإجارة بيان المنفعة بما ينفي الغرر.

ثم إن العقد على المنافع لا يمكن بعد وجودها لأنها تتلف بمضي الساعات فلا بد من العقد عليها قبل وجودها، فالراجح القول الأول الدال على مشروعية الإجارة لقيام الدليل على ذلك^(١) ولحاجة الناس إليها في حياتهم^(٢).

(١) بداية المجتهد (١٧٨/٢) تكملة شرح فتح القدير (٦٠/٩)، بدائع الصنائع (٥١٢/٥) ط بيروت، البناء على الهداية (٢٢١/١٠)، الذخيرة (٣٧١/٥-٣٧٢)، القوانين الفقهية (٢٣٦)، حاشية الدسوقي (٣/٤)، مغني المحتاج (٣١٢/٢)، نهاية المحتاج (١٩١/٤)، المعونة (٢٦٥)، سبل السلام (١٠٥/٣)، المغني (٤٣٢/٥).

(٢) فقال الأحناف: إن القياس يأبى جواز الإجارة لأن العقود عليه المنفعة وهي معدومة وإضافة التمليك إلى ما سينوجد لا يصح إلا أنا جوزناها لحاجة الناس إليها وقد شهدت بصحتها الآثار، وقد نوقش هذا القياس، يراجع البناء شرح الهداية (٢٢١/١٠) تكملة شرح فتح القدير (٦٠/٩).

المبحث الثاني

أسباب التنازع في الإجارة، وصوره وفيه مطالب

المطلب الأول: التنازع بسبب الاختلاف في قدر الأجرة.

إذا تم عقد الإجارة صحيحا أوجب الشارع على كل واحد من العاقلين (المؤجر والمستأجر) أمورا يجب عليه الوفاء بها، فإذا أحل أحدهما بأمره كان للعاقد الآخر الحق في فسخ العقد.

فقد أوجب على المؤجر تسليم المنفعة التي وقع العقد عليها ويتم هذا بتسليم العين محل المنفعة.

ويلزم المستأجر عند استيفائه للمنفعة أن يفي بالأجرة التي تراضيا عليها وفاء بالعقد الصحيح^(١).

(١) وقد اختلف الفقهاء في وقت تملك الأجرة في عقد الإجارة فذهب الشافعي وأحمد إلى أن الأجرة تملك بنفس العقد وحجتهم في ذلك النصوص الموجبة للوفاء بالعهد منها قوله تعالى: ﴿يَتَأَيَّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] ولأن الأجرة عوض أطلق ذكره في عقد معاوضة فيستحق بمطلق العقد كالثمن والصداق. ولأنه عقد يتعجل بالشرط فوجب أن يتعجل بالعقد.

وقال أبو حنيفة ومالك إن الإجارة تملك ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة إلا أن يشترط ذلك أو يكون هناك ما يوجب التقديم أو كانت هناك عادة أو يقترب بالعقد ما يوجب التقديم مثل أن تكون الأجرة عرضا معيناً أو طعاما رطباً أو ما أشبه ذلك أو تكون الإجارة ثابتة في ذمة الأجير فيجب تقديم الأجرة لأنها بمنزلة رأس المال في السلم.

وقد اتفق الفقهاء على أنه إذا عجل المستأجر الأجرة أو كان هناك موجب للتعجيل وجب تعجيلها.

فإذا أطلقت الأجرة عن التعجيل والتأجيل فإن تراضيا على واحد منهما فلهما ذلك إلا أن يكون التعجيل حقا للشرع فلا يجوز التأجيل حينئذ رعاية لحق الشرع^(١).

وقيل عند الإطلاق يرجع إلى العرف والعادة في ذلك.

=

وحجتهم في ذلك: قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] فأمر بإيتائهن بعد الأرضاع وقول النبي ﷺ «ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة منهم رجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يوفه أجره» فإن النبي ﷺ توعد على الامتناع من دفع الأجر بعد العمل فدل على أنها حالة الرجوب ولأنه عوض لم يملك معوضه فلم يجب تسليمه فإن المنافع حين العقد معدومة لم تملك فلا يجب عليه العرض مع تعذر التسليم في العقد.

والراجح ما ذهب إليه الشافعي وأحمد لقوة أدلتهم: أما الآية التي استدلت بها الأحناف والمالكية فيحتمل أنه أراد عند الشروع في الإرضاع أو تسليم نفسها كما قال تعالى: ﴿فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ مِنَ الشَّيْطَانِ الرَّجِيمِ﴾ [النحل: ٩٨] والمعنى إذا أردت القراءة، والأمر بالإيتاء في وقت لا يمنع وجوبه قبله والتوعد على ترك الإيتاء في الوقت الذي تتوجه المطالبة فيه عادة إيثار الإنصاف لابن الجوزي (٣٣٤) شرح فتح القدير (٦٠/٩) البناية (٢٢٥/١٠)، بداية المجتهد (١٨٤/٢) - (١٨٥)، مغني المحتاج (٣٣٤/٢)، المغني (٤٤٣/٥)، حاشية الدسوقي (٤/٤)، سبل السلام (١٠٥/٣)، كشف القناع (٤٠/٤).

(١) ومن ذلك إجارة الذمة يشترط لصحتها دفع الأجرة في مجلس العقد. نهاية المحتاج (١٩٤/٤).

فإذا اختلفا بعد العقد واستيفاء المنفعة على قدر الأجرة فقال أجرهما سنة بدينار فقال بل بدينارين.

فقال الإمام مالك والشافعي وأحمد تحالفا ويبدأ يمين المستأجر لأن الجارة نوع من البيوع.

فإذا تحالفا قبل مضي شيء من المدة فسخا العقد ورجع كل واحد منهما في ماله وإن رضي أحدهما بما حلف عليه الآخر أقرّا على العقد بينهما.

وإن فسخا العقد بعد المدة أو شيء منها سقط المسمى ووجب أجر المثل كما لو اختلفا في المبيع بعد تلفه.

وهذا قول أبي حنيفة إن لم يكن المستأجر قد عمل العمل الذي وقعت عليه الإجارة فإن كان عمله فالقول قول المستأجر فيما بينه وبين أجرة المثل.

وقال أبو ثور القول قول المستأجر مطلقا لأنه منكر للزيادة في الأجر والقول قول المنكر.

ودليل الجمهور أن الإجارة نوع من البيع يتحالفان عند اختلافهما في عوضها كالبيع. وهو الراجح ويكون التفاسخ بعد التحالف وهو يقع برضى الطرفين به إذا فسخت رجوع كل منهما بماله، وقال الإمام مالك: إذا تنازعا في قدر أجرة الكراء فإن كان المكثري نقده الأقل فالقول للمكثري فيما يشبه حتى لو أشبه المكثري فإن لم يشبها تحالفا وتفاسخا وعمل حينئذ بقول المكثري لترجح جانبه بالنقد والشبه.

فإن لم يكن نقدا شيئا وقد أشبها معا فالقول للمكثري بعد يمينهما، وإن أقاما كل واحد منهما بينة قضى بأعدهما وإلا سقطتا.

فمذهب مالك يرجع إلى التحالف كمذهب الشافعي وأحمد إلا أنه خالف نقد الأجرة وعدم النقد^(١).

فإذا اختلفا في دفع الأجرة فالقول قول الأجير إن قام بحدثان ذلك وإن طال فالقول قول المستأجر^(٢).

المطلب الثاني: التنازع بسبب الاختلاف في مدة الإجارة.

لا خلاف بين الفقهاء على أن الإجارة إذا وقعت على مدة يجب أن تكون هذه المدة معلومة كشهر أو سنة لأن المدة هي الضابط للمعقود عليه والمعرفة له فوجب أن تكون معلومة.

فإن كانت مجهولة فسد العقد لأن جهالة المدة تؤدي إلى جهالة المنفعة. ولا يشترط في مدة الإجارة أن تلي العقد بل لو أجره سنة خمس وهما في سنة ثلاث صح عند أبي حنيفة وأحمد ولا يصح عند الشافعي، واشترط من أجازة القدرة على التسليم عند وجوب والتسليم كالمسلم فيه ولا يشترط وجوده ولا قدرة عليه حين العقد.

فإن أطلق المدة فقال أجرتك سنة صح، وكان ابتداءها من حين العقد وهذا عند الإمام أبي حنيفة ومالك وأحمد.

وقال الإمام الشافعي وبعض أصحاب أحمد لا يجوز إلا أن يسمى الشهر أو السنة لأنه غرر. وحجة الجمهور قوله تعالى حكاية عن شعيب ﴿عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَنِي حَجَجٍ﴾ [القصص: ٢٧].

(١) البناية شرح الهداية (٢٦٩/١٠)، بداية المجتهد (١٨٨/٢-١٨٩)، حاشية

الدسوقي (٥٨/٤-٥٩).

(٢) القوانين الفقهية (٢٤٠)، بداية المجتهد (١٨٩/٢).

وجه الدلالة من الآية:

أنه ذكر الإجارة ولم يذكر ابتدائها.

ولأنه تقدير بمدة ليس فيها قرينة فإذا أطلقها وجب أن تلي السبب

الموجب كمدة السلم، وتفارق النذر لأنه قرينة.

وليس لأكثرها مدة بل تجوز إجارة العين المدة التي تبقى فيها وإن كثرت

وهو قول جمهور الفقهاء إلا أن بعض أصحاب الشافعي قالوا إن الإجارة لا

تجوز أكثر من ثلاث سنين لأن الغالب أن الأعيان لا تبقى أكثر من هذه المدة

وفيها تتغير الأسعار والأجور. والراجح القول الأول بدليل قوله تعالى: ﴿عَلَىٰ

أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَنِي حِجَجٍ﴾ ولأن ما جاز العقد عليه سنة جاز أكثر منها

كالبيع والنكاح والتقدير بسنة أو ثلاث تحكم لا دليل عليه^(١).

فإن استأجر لمدة معينة فزاد عليها أو استأجر لحمل شيء معين فزاد

عليه فعليه الأجرة المذكورة وأجرة المثل للزائد لأنها غير مأذون فيها فلزمه

أجرهما كما لو غصبها، وقيل: عليه أجرة المثل للجميع لأنه عدل عن

المعقود عليه إلى غيره فأشبه ما لو استأجر أرضاً فزرع غيرها. والراجح

الأول ويشبه ما لو استأجر أرضاً فزرعها وزرع أرضاً أخرى غيرهما^(٢).

فإذا اختلفا في مدة الإجارة فقال أجرهما سنة بدينار وقال الآخر بل

سنتين بدينارين فالقول قول المالك (المؤجر) لأنه منكر للزيادة فكان القول

قوله فيما أنكره.

(١) الدر المختار (٣٢/٥)، تكملة فتح القدير (١٧٦/٩)، حاشية الدسوقي

(٤٤/٤)، بداية المجتهد (١٨٣/٢)، مغني المحتاج (٣٤٩/٢)، المهذب

(٣٩٦/١)، المغني (٣٣٤/٥).

(٢) تكملة شرح فتح القدير (٨٥/٩، ٨٦)، العدة شرح العمدة (ص ٢٦٧).

فإن اختلفا في قدر العوض والمدة جميعاً فيتحالفان لأنه لم يوجد الاتفاق منهما على مدة بعضو فصار كما لو اختلفا في العوض مع اتفاق المدة. وقال الإمام مالك إذا اختلفا في الأمرين معاً فإن كان قبل الركوب أو بعد الركوب، ولا ضرر عليهما في الرجوع تحالفاً وتفاسخاً وإن كان بعد مضي مدة كبيرة أو بعد الركوب الكثير في الكراء فإن المدار على نقد الأجرة وعدمه.

والراجح التحالف والتفاسخ بينهما لأنه كالاختلاف في المبيع بعد الاتفاق على الثمن^(١).

المطلب الثالث: النزاع بسبب ضمان العين المستأجرة:

إذا تم عقد الإجارة صحيحاً ثم بعد ذلك هلك المستأجر سواء كان عينا مستأجرة أو دابة أو غير ذلك فهل يضمنه المؤجر أو المستأجر. وقد اتفق الفقهاء على أن المستأجر إذا تعدى بأن ضرب الدابة أو كبحها^(٢) وكان ذلك فوق العادة^(٣) أو حملها أكثر من طاقتها أو أثقل مما

(١) المغني (٥/٥٦٠)، بداية المجتهد (٢/١٨٩)، حاشية الدسوقي (٤/٤٤، ٤٥).

(٢) شد لجامها لتقف.

(٣) فإن ضربها الضرب المعتاد فإنه لا يضمن بهذا الضرب وبه قال مالك والشافعي

وأحمد وأبو ثور وأبو يوسف ومحمد بن الحسن فقد صح أن النبي ﷺ نكس بعير

جابر وضربه. وقال أبو حنيفة يضمن لأنه تلف بجنايته فضمنه كغير المستأجر

وكذا قال الشافعي في المعلم يضرب الصبي لأنه يمكنه تأديبه بغير الضرب

والراجح الأول لأنه تلف من فعل مستحق فلم يضمن كما لو تلف تحت

الحمل المعتاد، ولأن الضرب معنى تضمنه عقد الإجارة فإذا تلف معه لم يضمن

اكتراها له فتلفت أو وضع في الدار أمتعة كثيرة فانهدمت بفعله وتعديه فإنه يضمن بذلك العين المستأجرة لتعدية.

فإن لم يتعد المستأجر وانهدمت الدار أو تلفت الدابة أو احترق الثوب فإن الفقهاء فرقوا في ذلك بين الأجير المنفرد^(١)، والأجير المشترك^(٢).

كالركوب، وفارق غير المستأجر لأنه متعد بفعله ولا حق له. تكملة شرح فتح القدير (٨٦/٩).

(١) الأجير المنفرد أو الخاص هو الذي يؤجر نفسه مدة معينة معلومة لخدمة أو خياطة أو رعاية شهراً أو أكثر وسمى خاصاً لاختصاص المستأجر بمنفعة في تلك المدة دون سائر الناس والخياط الذي لا يضمن هو الذي لا ينفرد باليد كأن يجلس المستأجر معه أو يحضره إلى منزله. وضمنه أبو حنيفة إن كان يعمل بأجر فإن كان لا يعمل بأجر فلا يضمن وعلة التفريق بينهما أن العامل بغير أجر إنما قبض الممول لمنفعة صاحبه فقط فأشبه المودع وأما إن كان بأجر فإن المنفعة لكليهما فغلبت منفعة القابض. بداية المجتهد (١٨٧/٢).

(٢) أما الأجير المشترك وهو الذي يقع العقد معه على عمل معين كخياطة ثوب أو بناء حائط وتكون هذه مهنته وقد نصب نفسه للناس ليعمل هذا العمل، وسمى مشتركاً لأنه يعمل للمستأجر وغيره ويتقبل أعمالاً كثيرة في وقت واحد فيشتركون في منفعته مثل الخياطين والقصارين (الجزارين) وغيرهما من أرباب المهن التي يحتاجها الناس. مغني المحتاج (٣٥٢/٢)، العدة (ص ٢٦٧)، المغني (٥٢٨/٥).

أما الأجير المنفرد فإن الفقهاء قالوا: إن يد المستأجر على العين المستأجرة يد أمانة فلا يضمنها إذا تلفت بغير تعدي منه في مدة الإجارة. وذلك لأنه قبض العين لاستيفاء منفعة يستحقها منها فكانت أمانة.

فإذا تنازع المؤجر والمستأجر في التعدي في العين المستأجرة فالقول قول المستأجر لأنه مؤتمن عليها فأشبه المودع، ولأن الأصل عدم العدوان، والبراءة من الضمان فكان القول قول من يدعى الأصل، وكذلك القول قوله في دعوى التلف يمينه^(١) وينتهي النزاع في الإجارة حينئذ لذهاب محل استيفاء المنفعة بدون تعد ولا تفريط وهذا الانفساخ يقع بمجرد التلف من غير حاجة إلى فسخ ومحل ذلك إذا كان هذا التلف في مدة الإجارة فإن انقضت مدة الإجارة فتلف المستأجر بعد مضيتها.

فقال أكثر الفقهاء: إنه لا يضمن وإن يده أمانة لأنه لا يلزمه الرد بعد انقضاء مدة الإجارة، فإن تلفت العين بعد مدة الإجارة فإنه لا يضمن إن تلفت بغير تفريط ولا تعد كالوديعة، وتخالف العارية، لأنه يجب عليه الرد بعد استيفاء المنفعة فإن الإجارة تشبه الوديعة، ولأنه لو وجب ضمانها لوجب ردها.

(١) البناء شرح الهداية (٣٢٠/١٠)، تكملة شرح فتح القدير (١٢٩/٩)، بداية المجتهد (١٨٧/٢)، الذخيرة (٥٠٢/٥)، حاشية الدسوقي (٢٤/٤، ٢٥)، العدة (ص ٢٦٧، ٢٦٨)، القوانين (ص ٢٨٧، ٢٨٨)، المغني (٥٣٥/٥)، مغني المحتاج (٣٥١/٢).

وقال بعض الشافعية يضمن لأنه بعد انقضاء مدة الإجارة غير مأذون له في إمساكها أشبه العارية المؤقتة بعد وقتها^(١).

أما الأجير المشترك الذي نصب نفسه للصناعة فقد اختلف الفقهاء فيه على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: أنه لا يضمن إلا ما هلك بفعله. وهو قول أبي حنيفة وزفر والشافعي.

المذهب الثاني: أنه يضمن ما هلك عنده، وهو قول محمد بن الحسن من الأحناف وقول عند مالك وقول الشافعي وابن أبي ليلى وأحمد وكثير من الصحابة.

المذهب الثالث: أنه يضمن فيما يغاب عليه، وهو قول للإمام مالك.
الأدلة:

واستدل من قال بأنه لا ضمان عليه بأنه شبه الصانع بالمودع عنده والشريك والوكيل وهؤلاء لا ضمان عليهم.

أما من ضمنه فحجته النظر للمصلحة، وسد الذريعة، فإن تضمين الصانع سد لباب التراع والفتن وتحقيق المصلحة للناس، إلا إذا قامت بينة على التلف بدون تعد ولا تفريط منه.

(٢) وأيضاً قول النبي ﷺ «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»^(٢).

(١) مغني المحتاج (٣٥١/٢)، المغني (٥٣٥/٥، ٥٣٦).

(٢) سنن أبي داود في البيوع باب في تضمين العارية (١٥٠/٣)، ط/ دار الحديث،

رقم (٣٥٦١)، الترمذي وقال حديث حسن صحيح، في البيوع باب ما جاء

في أن العارية مؤداة (٥٥٧/٣)، وصححه الحاكم ووافقه الذهبي ولكنه من

وجه الدلالة من الحديث:

أن الأجير قد أخذ ذلك القدر فيجب عليه الرد بعد الهلاك أو التعيب المنقص للمالية فيجب الضمان.

ولو قلنا بعدم الضمان لتجراً كثيراً من الناس باحتراف الصنائع وهم ليسوا من أهل الخبرة والحذق بها.

لذلك اشترط من قال بعدم الضمان أن يكون الصانع من أهل الخبرة والحذق بالصناعة، وله بها معرفة وخبرة، وألا تتجاوز أيديهم ما أمروا به من القطع وغيره والشرطان يجريان فيمن جلس لمهنة الطب، ونجد الكثير الآن يفسدون أكثر مما يصلحون فإنهم يضمنون، فإن كان من أهل المعرفة فالدية على العاقلة (قتل خطأ) إن قتل بفعله فيما فوق الثلث وفي ماله فيما دون الثلث.

وإن لم يكن من أهل المعرفة فعليه الضرب والسجن والدية في ماله^(١).

=

رواية الحسن البصري عن سمرة بن جندب ولا يصح سماعه منه وهو مدلس وقد عنعنه. المستدرک (٤٧/٢)، سبل السلام (٨٧/٣).

(١) إيثار الإنصاف لابن الجوزي (ص ٥٣٥)، البناية (٣١٣/١٠)، تكملة شرح فتح القدير (١٢٢/٩، ١٢٥، ١٢٨)، بداية المجتهد (١٨٧/٢، ١٨٨)، الذخيرة (٥٠٢/٥، ٥٠٣)، حاشية الدسوقي (٢٨/٤)، القوانين الفقهية (٢٨٨/٢٨٧)، مغني المحتاج (٣٥٣/٢، ٣٥٤)، العدة شرح العمدة (ص ٢٦٧، ٢٦٨)، المغني (٥٣٨/٥).

المبحث الثالث

وسائل إنهاء النزاع في الإجارة

إذا حدث النزاع في الإجارة بأي سبب من الأسباب المتقدمة فإن الشريعة الإسلامية عملت أولاً لتفادي هذا النزاع بأن شرعت بعض الخيارات، كخيار العيب، وخيار الشرط وخيار المجلس على الخلاف في ذلك.

فإذا ما حدث النزاع والخلاف فإنها أجازت فسخ الإجارة للأسباب الآتية:

- (١) الفسخ ومعناه إزالة آثار العقد ويكون ذلك بما يأتي:
 - (أ) فسخها بما تفسخ به العقود اللازمة^(١) من وجود عيب في العين المستأجرة بحيث لا يمكن الانتفاع بها.
 - (ب) وتفسخ الإجارة بموت أحد العاقلين، وهذا عند الأحناف، ورواية أصبغ عن ابن القاسم وقول ابن حزم. وحجتهم أن استيفاء المنفعة يتعذر بالموت.

(١) الإجارة عقد لازم إذا تم صحيحاً مستوفياً للشروط والأركان في حق كل واحد من العاقلين، وذلك لأن الإجارة عقد معاوضة فكانت لازمة قياساً على البيع، إلا ما حكى عن بعض الشيعة إنها عقد غير لازم فلكل واحد من العاقلين الرجوع في العقد وفسخه متى شاء وذلك تشبيهاً لها بالشركة.

والراجع الأول وهناك فرق بين الإجارة والشركة ففي الإجارة يختص أحد العاقلين بالمنفعة بخلاف الشركة فالقياس غير صحيح. بداية المجتهد

أما جمهور الفقهاء فقالوا: إن الإجارة لا تنفسخ بموت أحد العاقلين لأنها عقد لازم فلا ينفسخ بموت العاقد مع سلامة المعقود عليه، وقيل تنفسخ بموت المؤجر دون المستأجر.

(ج) أما فسخ الإجارة للعدر^(١) الطارئ فقد أجاز أبو حنيفة وأصحابه فسخ الإجارة للعدر الطارئ خلافاً للأئمة الثلاثة وذلك مثل احتراق العين المؤجرة أو غصبها.

واحتج الأحناف:

بأن هذا العذر الطارئ يتعذر معه استيفاء المنفعة المعقود عليها فيملك المستأجر به الفسخ.

وتشبيهه ذهاب ما به يستوفي المنفعة بذهاب العين التي فيها المنفعة.

وحجة الجمهور:

(١) قول الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١].

(٢) ولأن الكراء والإجارة عقد على منافع فأشبهه النكاح.

(٣) ولأنه عقد على معاوضة فلم يفسخ بالعدر قياساً على البيع.

والراجح الأول: لقوة أدلته^(٢)

(١) والعذر أمر يحدث بعد العقد يجعل تنفيذه مضراً بأحد أطرافه ضرراً غير مستحق بالعقد على الرغم من إمكان استيفاء المستأجر للمنفعة التي ورد عليها العقد كاملة.

(٢) الهداية (٢٥٠/٣)، تكملة فتح القدير (١٤٧/٩)، بدائع الصنائع (٥٤٩/٥)،

ط/ بيروت، بداية المجتهد (١٨٥/٢، ١٨٦)، حاشية الدسوقي (٢٩/٤)،

القوانين الفقهية (ص ٢٣٩)، الذخيرة (٥٣١/٥)، مغني المحتاج (٢٥٥/٢)،

أما غير ذلك فلا تفسخ به الإجارة وذلك كبيع الدار المستأجرة أو عتق العبد أو غير ذلك.

(٢) وكذلك ينتهي التراع بالتفاسخ بعد التحالف وهو يقع برضى الطرفين به وذلك فيما إذا اختلفا على قدر الأجرة أو في مدة الإجارة وإذا فسخت رجع كل منهما بما له.

(٣) وينتهي التراع بإقالة المؤجر للمستأجر والإقالة جائزة.

(٤) وينتهي التراع بينهما إذا كان في مقدار الأجرة بتنازل المستأجر عن بعض حقه ويبرء المؤجر منه أو يصالحه عنه إذا كان ذلك بعد إتمام العمل، لأن الأجرة حينئذ صارت ديناً في ذمة المؤجر فيجوز إنهاء التراع فيها بما ينتهي به التراع في الديون.

المذهب (٤٠٧/١)، المغني (٤٤٨/٥)، العدة شرح العمدة (ص ٢٦٥)، شرح منتهى الإرادات (٤٨٩/١)، المحلى (١٨٧/٨).

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أُسْكِنَهُ اللهُ الفردوس
www.moswarat.com

الفصل التاسع التنازع بين الزوجين

ويشتمل على أربعة مباحث:

المبحث الأول: أسس الحياة الزوجية

المبحث الثاني: النشوز ووسائل إنهائه وفيه مطلبان:

المطلب الأول: نشوز الزوجة وإنهائه بالوعظ والهجر والضرب.

المطلب الثاني: نشوز الزوج وإنهائه بالصلح.

المبحث الثالث: الشقاق ووسائل إنهائه وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: إنهاء النزاع بالتحكيم.

المطلب الثاني: إنهاء النزاع والشقاق بالخلع.

المطلب الثالث: إنهاء النزاع والشقاق بالطلاق.

المبحث الرابع: بعض صور النزاع بين الزوجين وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الاختلاف في المهر قبل الدخول وإنهاء هذا النزاع بالعفو.

المطلب الثاني: الاختلاف بسبب النفقة.

المطلب الثالث: الاختلاف في متاع البيت.

رَفَعُ
عبد الرَّحْمَنِ النَّجْدِي
السُّلَيْمِيُّ النَّجْدِيُّ
www.moswarat.com

الفصل التاسع التنازع بين الزوجين المبحث الأول أسس الحياة الزوجية

تمهيد:

أولى الإسلام الأسرة عناية خاصة تتلائم وتتوافق مع مكانتها في المجتمع ورسالتها في الحياة، فهي اللبنة الأولى في تكوين المجتمع فإذا صلحت صلح المجتمع وإذا فسدت فسد المجتمع^(١).

ومن ثم جاء الإسلام بالقواعد والمبادئ التي تدعم كيانها، وتكفل لها القيام برسالتها على أحسن وجه، وتجعلها تحقق الوظائف والمقاصد التي جعلت من أجلها وأهم هذه الوظائف^(٢) عمارة الأرض وتحقيق الخلافة التي أرادها الله تعالى للإنسان في الكون حين قال للملائكة ﴿إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً﴾ [البقرة: ٣٠].

(١) وإذا كانت المجتمعات المعاصرة وبخاصة في الغرب تعاني الآن حالة من التمزق والاضطراب وتعيش مرحلة الزوال والانحيار وإذا كانت ظواهر الإجرام والعنف وانحلال الأخلاق قد بدأ ظاهراً فإن ذلك مرده إلى أن الروابط النفسية والمعنوية في الأسرة ضائعة وأن العلاقات المادية هي التي تكاد تجمع بين أفرادها، وقد تأثرت الأسرة الإسلامية بذلك ويجب العمل الجاد لتجنب أخطار هذا الإعصار ويكون ذلك بالعمل على إصلاح الأسرة وإزالة ما بينها من تنازع وإحلال الألفة والمحبة والاحترام المتبادل فيها.

(٢) ومنها المشاركة في أعباء الحياة والترويح عن النفس وإيناسها وإشباع شهوات الجسد الفطرية والتحصن من الشيطان وكثير من الوظائف والمقاصد العامة والخاصة.

وقد وضع الشارع أسسًا لهذه الأسرة لكي تقوم بهذا الدور المنوط بها على أكمل وجه:

(أ) حسن الاختيار:

فقد وجه الشارع الحكيم إلى حسن اختيار الزوجة التي تكون النواة الأولى في بناء الأسرة وتكوينها وفقًا للمعيار الشرعي الذي وضعه النبي ﷺ في قوله: «تنكح المرأة لأربع لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها فاظفر بذات الدين تربت يداك»^(١).

وقال: «لا تزوجوا النساء لحسنهن فعسى حسنهن أن يرديهن ولا تزوجوهن لأموالهن فعسى أموالهن أن تطغيهن ولكن تزوجوهن على الدين ولأمة خرقاء ذات دين أفضل»^(٢).

فإن الدين هو الأساس وتتأتى معه أمور أخرى^(٣).

(١) رواه البخاري في النكاح باب الأكفاء رقم (٤٨٠٢) (١٩٥٨/٥)، والإمام

مسلم في الرضاع باب استحباب ذات الدين رقم (٢٠٤٧) (٢١٩/٢).

(٢) رواه ابن ماجه في سننه مرفوعًا كتاب النكاح باب تزويج ذات الدين رقم

(١٨٥٩) (٥٩٧/١)، سبل السلام (١٤٥/٣)، ومجمل صفات الدين كما

ذكرت في القرآن قوله تعالى: ﴿عَسَىٰ رَبُّهُٓ إِن طَلَّقَكُنَّ أَن يُبَدِّلَهُٓ أَزْوَاجًا خَيْرًا

مِنكُنَّ مُسْلِمَاتٍ مُّؤْمِنَاتٍ قَنِيَّتٍ تَتَّبِعْتِ عِبْدَاتٍ سَيِّحَاتٍ تَتَّبِعْتِ وَأَبْكَارًا ۚ

[التحريم: ٥] ولا مانع أن تكون ذات جمال خلقي وخلقي بل إنه أساس

ولكن ينبغي ألا يكون هو الأساس الوحيد للاختيار دون سواه.

(٣) ولا بد للرجل عند اختيار الزوجة من مراعاة أمرين هامين أولهما البحث عن

سلالة الزوجة فالنبي ﷺ يقول «تخيروا لنطفكم» الثاني: ملاحظة بيئة الزوجة

وكذلك وجه المرأة وأولياءها عند اختيار الزوج أن ينظروا إلى الباقي والدائم في الرجل وهو الدين والخلق الكريم فقال ﷺ «إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض»^(١).

(ب) الزواج أساسه الرضا

ثم اشترط لبدء هذه العلاقة الإنسانية أن تكون برضا الطرفين فاشترط الإيجاب والقبول، وأمر الولي أن يستأذن من يزوجها حتى يبنى الزواج وتقام الأسرة على أساس صحيح وسليم من الرغبة المشتركة بينهما وحتى يكون ذلك دافعاً لهما على الاستمرار في الحياة عن رغبة وحب، والتغلب على كل ما يعترضهما.

(ج) المودة والرحمة:

ثم عمل الإسلام على الحفاظ على استقرار الأسرة، وأن تكون مصدر خير وعطاء للأمة بأن جعل أساس الحياة الزوجية وقوامها السكن بمعنى السكينة وراحة البال والمودة والرحمة قال تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ [الروم: ٢١].

فالنبي ﷺ يقول: «إياكم وخضراء الدمن قالوا وما خضراء الدمن يا رسول الله قال المرأة الحسناء في المنبت السوء».

(١) الترمذي في النكاح رقم (١٠٨٤) (٣/٣٩٤).

فالصلة التي تحصل بين الزوج وزوجته تشير إلى أنهما أصبحا كفرد واحد وأن العلاقة بينهما لا بد وأن تكون ميثاقاً غليظاً لا ينبغي الاستهانة به أو التفريط فيه.

فكل منهما يرحم الآخر رحمة صادقة مبعثها المودة القلبية التي تصلح ما أفسد الغير فلا يشعر كل واحد منهما قبل الآخر إلا بكل معاني الامتزاج النفسي من حب وود وتعاون على البر والتقوى، وترفع عن الدنيا والأخلاق المذمومة فتسعد الأسرة بذلك.

(د) المعاشرة بالمعروف

لا تكون أسرة سعيدة كريمة إلا إذا امتثل كل من الزوجين لأمر الله تعالى بالمعاشرة بالمعروف في قوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ١٩].

فإذا حصل هذا الاحترام والثقة المتبادلة بينهما وعدم تتبع الهفوات والعثرات فلا شك أنهما سيكونان بإذن الله تعالى كأسعد ما تكون الحياة فيثمر ذلك الحب والتعاون على شئون الحياة وأعبائها الأمر الذي تصبح الأسرة معه أسرة مثالية تكون قدوة لأبنائها لأن الأبناء عادة يقتدون بالآباء.

إن المعاشرة بالمعروف والإمساك بالمعروف هما أساس الحياة الزوجية السعيدة وذلك بأن يوفيهما حقها من المهر والنفقة والمعاملة الطيبة وألا يكون فظاً ولا غليظاً وألا يعبس في وجهها بغير ذنب ولا يظهر ميلاً إلى غيرها.

وقد أمر الله رسوله ﷺ بحسن صحبة النساء لتكون أدمة ما بينهم وصحبة على الكمال فإنه أهدأ للنفس وأهنأ للعيش^(١).

وسوء العشرة ينشئ المخالفة ويقع به الشقاق والتراع^(٢).

(هـ) الحقوق والواجبات:

ومع حديث القرآن الكريم والسنة المطهرة عن هذه الصلة وهو حديث مشرق بكل ألوان المحبة بين الزوجين وأن عقد النكاح ينشئ صلة فريدة بين طرفيه لا ينشئها عقد آخر. فقد حاول الفقهاء تفصيل القول في سمات هذه الصلة الفريدة عن طريق ما يسمى بالحقوق والواجبات.

وما دام كل حق يقابله واجب فإن حقوق الزوجة تعني واجبات الزوج وكذلك حقوق الزوج تعني واجبات الزوجة^(٣).

وفي قوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٢٨].

بيان لتلك الحقوق المتقابلة بينهما فما من عمل تعمله المرأة إلا ويقابله عمل للرجل إن لم يكن مثله في شخصه فهو مثله في جنسه فهما متماثلان في الحقوق والأعمال كما أنهما متماثلان في الذات والإحساس^(٤).

(١) تفسير القرطبي (١٧٦٣/٢).

(٢) بدائع الصنائع (١٥٥٢/٣).

(٣) والحياة الزوجية ينبغي أن تسير على المودة والتفاوت والعفو والصفح عن بعض الزلات فلا ينبغي أن ينظر إليها من مطلق الحقوق والواجبات بل على كل واحد من الطرفين أن يقدم بعض التنازلات في سبيل أن تسير مركب الحياة بينهما في وسط هذا البحر المتلاطم الأمواج.

(٤) تفسير القرطبي (١٠٣٦/١)، تفسير المنار (٣٧٥/٢)، بيروت، نظام الأسرة في الإسلام، د. علي السبكي (ص ١٥٥)، منهج الإسلام في علاج المشكلات الأسرية (ص ٥٥).

ومن هذه الحقوق:

(١) حقوق الزوج على زوجته^(١):

وأول هذه الحقوق حق القوامة.

فلقد أعطى الإسلام حق القوامة في البيت للرجل باعتباره الأقدار والأوفق للقيام بمسئولية البيت بحكم طبيعته ولأنه الذي يقوم بالإنفاق قال تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾ [النساء: ٣٤].

ثانياً: الطاعة في غير معصية لأنها تجلب للأسرة الهناء والسعادة، والمخالفة تجلب الشحناء والبغضاء، وتوجب النفور، وتفسد عواطف الزوجين، والطاعة تعني التزام أمره في كل ما لا معصية فيه وذلك بأن تقر في بيته الزوجية ولا تخرج منه إلا بإذنه وألا تصوم تطوعاً إلا بإذنه، وألا تسافر إلا بإذنه، وألا تأذن لأحد يكرهه بالدخول في بيته، وأن تعينه على الخير، وأن تكون وفية حافظة لماله وعرضه، راعية لأولاده فالنبي ﷺ يقول: «ألا أخبركم بخير ما يكثر المرء المرأة الصالحة إذا نظر إليها سرته وإذا أمرها أطاعته وإذا غاب عنها حفظته»^(٢) وألا تمتنع إذا دعاها

(١) ليس هذا مجال التفصيل والشرح لهذه الحقوق وإنما اكتفى بالإشارة إليها فقط لعدم الإطالة.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه كتاب الزكاة باب في حقوق المال رقم (١٦٦٤)،

(٢/١٢٦)، الحاكم في المستدرک کتاب الزكاة رقم (١٤٨٧) (١/٥٦٧).

إلى فراشه. وعليها أن تقوم بخدمة بيتها والقيام على شئونه^(١) بما هو في استطاعتها أما ما هو فوق استطاعتها فإنها تعهد به إلى من تختاره أو من يتيسر لها من الخدم وترك البيت لرعاية الخدم ضياع.

(٢) أما حقوق الزوجة:

فإن الإسلام جعل لها الصداق مقابل البضع^(٢) وهو حق من حقوق الزوجة، لها ألا تسلم نفسها حتى تأخذها أو تأخذ بعضه قال تعالى:

﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: ٤].

(١) ولقد اختلف الفقهاء في وجوب قيام المرأة بخدمة بيتها وذلك لأنه لم يرد نص من القرآن أو السنة يلزم المرأة بذلك وإن كان العرف جرى في كل العصور أن على المرأة أن تقوم بالعمل فيه وذلك لأن عقد النكاح يقتضي حل الاستمتاع لا الاستخدام وبذل المنافع، وبعضهم فرق بين كون المرأة شريفة ذات حسب ونسب فلا يجب عليها وبين كونها دنيئة فيجب عليها ولا يعول على هذا فإن نساء النبي ﷺ والصحابه كن يعملن في بيوت أزواجهن ولأن الحياة الزوجية تقوم على التعاون والإحساس بالمسئولية المشتركة يراجع الحقوق المتقابلة، أ.د/ عبد الله محمد سعيد (ص ١٨٧).

(٢) وإن كان هذا هو حد الصداق عند جمهور الفقهاء وهو أن الصداق ما وجب على الزوج في مقابلة منافع البضع إلا أن الشافعية قالوا هو ما وجب بنكاح أو وطء أو تفويت بضع قهراً وتعريفهم أكمل وأشمل لأن الشارع الحكيم لم يوجب الصداق في مقابلة منافع البضع فقط وإلا لما وجب للمرأة نصف المهر قبل الدخول بها، وإنما أوجبه إظهاراً لخطر الحل وإكراماً للمرأة وتلك معان

وتستحق المرأة نصفه إذا طلقت قبل الدخول، وتستحقه كاملاً بعد الدخول الحقيقي أو بعد وفاة الزوج أو بعد الخلوة الصحيحة.

ومن حقوق الزوجة النفقة عليها قال تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ﴾ [الطلاق: ٧] وقال: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِمَّنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ﴾ [الطلاق: ٦].

والنفقة واجبة للزوجة ما دامت تؤدي تكاليفها وتلتزم حدود فطرتها فإذا خالفت ذلك ففوتت على الزوج مقصود الحياة الزوجية فليس لها هذا الحق.

ثم إن من حق الزوجة العدل في النفقة والقسم إذا كان للرجل أكثر من زوجة إذ هو مقتضى المعاشرة بالمعروف حيث قال تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ١٩].

فإذا قام كل واحد منهما بما عليه من حقوق تجاه الآخر وساد بينهما الحب والمودة والرحمة وتحققت كل تلك الأسس التي ذكرناها صارت الحياة بينهما على أكمل وجه.

وإذا ما أخل واحد منهما بما عليه من حقوق أو ضيع أساساً من هذه الأسس حل النزاع والشقاق والخلاف بينهما، ولقد جعلت الشريعة

=

نحتاج إليها باستمرار لنثبت لمن يحاول أن يسيء إلى للإسلام وشريعته بأن المرأة تشتري بالصداق وأنها تشبه الرقيق نقول إن الفقهاء حاولوا إظهار كرامة المرأة بشتى الصور وأنها لا تشتري بل تكرم أبلغ تكريم عندما يدفع لها من يريد الزواج منها أعز ما يملك ليكون رمزاً لاعزاز المرأة وتكريمها. الحقوق المتقابلة بين الزوجين في الشريعة الإسلامية لفضيلة الأستاذ الدكتور/ عبد الله محمد

الإسلامية نظاماً دقيقاً يعيد الحياة بينهما إلى الوجه الحسن المطلوب
ووضعت وسائل لتفادي هذا التراجع قبل اتساعه ثم عملت على رفعه بعد
وقوعه.

المبحث الثاني النشوز ووسائل إنهائه

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: نشوز^(١) الزوجة:

ومعناه خروج المرأة عن طاعة الله تعالى فيما أمر به من طاعة زوجها فقد اهتم الإسلام بذكر العلاج لذلك حتى لا يتصدع بنيان الأسرة، وندب إلى استعمال وسائله قبل أن يستفحل الداء ويصعب حينئذ الدواء والعلاج.

وعلى الزوج أن يتبين العلة التي من أجلها نشزت الزوجة وأن يحاول الإصلاح بقدر ما يستطيع إذا ما خاف النشوز^(٢) أو رأى أمارته ودلالته ويتبع في ذلك ثلاث وسائل.

(١) مصدر نشز ونشزت الزوجة من زوجها عصته وامتنعت منه وأصله الارتفاع وأن كل ما ارتفع وامتنع عنك فقد نشز، ويقال نشزت المرأة استصعبت على زوجها ويقال نشزت ونشست نشصت كله بمعنى نشزت، لسان العرب (٢٥٨/١٤)، ط/ دار صادر، تفسير القرطبي (١٨٣٦/٢)، المجموع (٤٤٥/١٦)، أحكام القرآن لابن العربي (٤١٧/١).

(٢) لأن الله تعالى قال: ﴿وَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ﴾ فإن هذه الوسائل لتفادي الوقوع، وقيل إن معنى تخافون تيقنون وتعلمون وقوع النشوز منهن، وقيل إن هذه الوسائل عندما يرى الدلالات والأمارات على إقبال المرأة على النشوز فعليه أن يعظها ثم يهجرها ثم يضربها. وأمارات النشوز العبوس بعد طلاقة الوجه وخشن الكلام بعد لينه أو تشاقل إذا دعاها لفراشه ويختل أدبها في حقه

الأولى الوعظ:

لقوله تعالى: ﴿وَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ﴾ [النساء: ٣٤].
ومعناه ذكروهن ما أوجب الله عليهن من حسن الصحبة، وجميل العشرة
للزوج والاعتراف بالدرجة التي له عليها، ويقول لها ما الذي منعك عما
كنت آلفه من برك وما الذي غيرك اتقى الله وارجعني إلى طاعتي فإن
حقي عليك واجب.

ونحو ذلك من عبارات الوعظ، ويخوفها من العقاب الإلهي لمن تبيت
وزوجها غاضب عليها، وأن يذكرها بعواقب النشوز مما يكون من طلاق
وغيره وما يترتب عليه من تمزيق لكيان الأسرة وتشتيت للأبناء.
وليس لهذا الوعظ مدة محددة عند العلماء بل إن ذلك يرجع إلى تقدير
الزوج ومدى استجابة الزوجة لهذا الوعظ^(١).

الثانية الهجر:

ولا ينتقل إلى الهجر إلا بعد أن يتأكد أن الموعظة الحسنة والنصح
الجميل لا يجدي معها لقوله تعالى: ﴿فَعِظُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي
الْمَضَاجِعِ﴾ [النساء: ٣٤].

ف عند ذلك يكون الوعظ والهجر والضرب. المجموع (٤٤٧/١٦)، القرطبي
(١٨٣٦/٢)، نظام الأسرة في الإسلام (ص ٢٣١) مغني المحتاج (٢٥٩/٣)،
المغني (٢٥٩/٧).

(١) بدائع الصنائع (١٥٥١/٣)، مطبعة الإمام، المجموع (٤٤٩/١٦)، أحكام
القرآن لابن العربي (٤١٧/١)، القرطبي (١٨٣٦/٢)، المغني (٤٦/٧).

ومعنى المهجر أن يوليها ظهره في فراشه ولا يجامعها فقد جعل المضجع ظرفاً للمهجر وأخذ القول على أظهر الظاهر وحمل الأمر على الأقل وهو قول ابن عباس رضي الله عنه وهو أحد أربعة أقوال^(١).

ثانيها: ألا يكلمها وقد رده كثير من الفقهاء كالشافعية، والحنابلة وقالوا: إن فعل هذا فلا يجوز أن يزيد على ثلاثة أيام، فإن زاد عليها أثم؛ لأنه قد ورد عن النبي ﷺ أنه قال: «لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام»^(٢) فإن وقع في الثلاثة جاز وقد حمل الأمر على الأكثر الموفى. ثالثها: ألا يجمعهما فراش واحد حكاه ابن القاسم عن مالك وحكى عن جمع من العلماء.

(١) وهناك أقوال أخرى منها أن معنى المهجر شد وثاقهن في البيت من قولهم هجر البعير أي ربطه بالهजार وهو حبل يشد به البعير، وهو اختيار الطبري، وفي كلامه نظر وقد رده ابن العربي بقوله يا لها من هفوة من عالم بالقرآن والسنة، والذي حمّله على هذا التأويل حديث غريب رواه ابن وهب عن مالك أن أسماء بنت أبي بكر امرأة الزبير بن العوام رضي الله عنهم جميعاً كانت تخرج من بيتها حتى عتب في ذلك الزبير وكان له امرأة أخرى فعقد شعر واحدة بالأخرى ثم ضربهما، فرأى الربط والعقد مع احتمال اللفظ مع فعل الزبير فأقدم على هذا التفسير. أحكام القرآن لابن العربي (٤١٨/١)، القرطبي (١٨٣٧/٢).

(٢) صحيح البخاري كتاب الأدب باب فيمن يهجر أخاه، (٥٣/٥) رقم (٥٧١٨)، مسلم كتاب البر والصلة باب تحريم المهجر (١٩٨٤/٤) رقم (٢٥٦٠).

وقالوا يعضد هذا التعبير القرآني بقوله: ﴿وَأَهْجُرُوهُنَّ﴾ من الهجران وهو البعد يقال هجره أي تباعد ونأى عنه ولا يمكن ذلك إلا بترك مضاجعتها.

واختاره ابن العربي وقال القرطبي هذا قول حسن فإن الزوج إذا أعرض عن فراشها فإن كانت محبة للزوج فإن ذلك يشق عليها فترجع للإصلاح وإن كانت مبغضة فيظهر النشوز منها وقد روى أن النبي ﷺ قد هجر زوجاته في غير بيوتهن.

رابعها: يكلمها ويجامعها ولكن بقول فيه غلظ وشدة من الهجر وهو القبيح من الكلام أي غلطوا عليهن في القول وهو قول ضعيف لأن الإنسان مطالب بحسن العشرة، ولا يأتي الكلام الغليظ والقبيح بخير^(١). وأحسن هذه الأقوال وأرجحها والذي يحقق المصلحة هو الجمع بين هذه الأقوال بحسب حال المرأة فربما كان الهجران في البيوت أشد من الهجران في غيرها وبالعكس بل الغالب أن الهجران في غير البيوت آلم للنفوس وخصوصا النساء لضعف نفوسهن وقد يكون الهجران في المضجع في حالة أخرى أحسن لأنه قد يثير في النفس رغبة في العتاب المضيق لهوة الخلاف والتزاع من غيره، وقد ورد عن النبي ﷺ أنه قال: «وَأَلَا تَهْجُرُوا إِلَّا فِي الْبَيْتِ»^(٢) فعلاً بهذا وبالحدِيث الذي يثبت أن النبي ﷺ قد هجر

(١) بدائع الصنائع (٣/١٥٥١)، المجموع (١٦/٤٤٩)، مغني المحتاج (٣/٢٥٩)،

القرطبي (٢/١٨٣٦)، أحكام القرآن (١/٤١٨، ٤١٩)، فتح الباري

(٩/٢١١، ٢١٢)، المغني (٧/٤٦).

(٢) فتح الباري (٩/٢١٢).

نسائه في غير بيوتهم شهراً فيرجع الأمر إلى الأحوال ومقتضيات الإصلاح^(١).

مدة الهجر:

وأقصى مدة للهجر شهر ولا يجوز أكثر من هذا ويجوز أقل لأن النبي ﷺ عندما غضب على نسائه آلى منهن شهراً.

فقد ورد عن ابن عباس رضي الله عنهما قال أصبحنا يوماً ونساء النبي ﷺ ييكن، عند كل امرأة منهن أهلها فخرجت إلى المسجد فإذا هو ملاّن من الناس فجاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه فصعد إلى النبي ﷺ وهو في غرفة له فسلم فلم يجبه أحد ثم سلم فلم يجبه أحد ثم سلم فلم يجبه أحد فناده النبي ﷺ فدخل عليه فقال أطلقت نساءك؟ فقال ﷺ: لا ولكن آليت منهن شهراً فمكث تسعاً وعشرين ثم دخل على نسائه فقالت له السيدة عائشة رضي الله عنها قد آليت شهراً فقال الشهر هكذا^(٢).

الثالثة: الضرب

وإذا لم يؤت الهجر نتائج المرجوة فإن للزوج أن يضرب زوجته لقوله تعالى: ﴿وَأَضْرِبُوهُنَّ﴾ فإن بعض الزوجات الناشزات لا تؤثر الموعظة الحسنة فيهن ولا يردهن على النشوز والتعالي هجر أزواجهن هن فأباح الإسلام بعد ذلك كله الضرب.

(١) المرجع السابق.

(٢) صحيح البخاري كتاب النكاح باب هجر النبي ﷺ نسائه في غير بيوتهم. فتح

الباري (٢١١/٩) رقم (٥٢٠٣).

أما صفة الضرب فإنه ضرب غير مبرح كما قال النبي ﷺ: «واضربوهن ضرباً غير مبرح»^(١).

فقليل يضربها بدرة أو مخراق وهو منديل ملفوف ونحوه لا بسوط ولا بخشب^(٢) لا يترك في الجسم أثراً، ولا يكسر عظاماً، ولا يشين جارحة؛ لأن المقصود منه التأديب لا التعذيب ويتجنب الوجه، لأن في ضرب الوجه إهانة ولقول النبي ﷺ: «ولا يضرب الوجه ولا يقبح ولا يهجر إلا في البيت»^(٣).

ويتجنب البطن والمواضع المخوفة والخطرة خوف القتل، وهذا الضرب لا يكون إلا بعد أن تظهر النشوز فلا يضربها لتوقعه النشوز منها^(٤).

(١) الترمذي كتاب الرضاع باب حق المرأة على زوجها (٤٦٧/٣) رقم (١١٦٣)، فتح الباري (٢١٣/٩).

(٢) وقال الشافعي لا يبلغ به حداً، وقيل لا يبلغ به أربعين لأنه حد الخمر ومنهم من قال لا يبلغ به عشرين لأنه حد العبد، وقيل لا يزيد في ضربها على عشرة أسواط لقوله ﷺ لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله متفق عليه. المجموع (٤٤٩/١٦)، المغني (٤٧/٧).

(٣) أخرجه ابن حبان في صحيحه كتاب النكاح باب معاشره الزوجين. (٤٨٢/٩) رقم (٤١٧٥).

(٤) وقد عاب أعداء الإسلام عليه تشريعه للضرب وزعموا أن في ذلك إهانة للمرأة واعتداء على كرامتها، والحق أن هذا مما يحسب للإسلام ولا يحسب عليه وذلك لأن الضرب علاج والعلاج إنما يحتاج إليه عند الضرورة، والضرورة تقدر بقدرها، ولأن الضرب في تلك الحالة يعتبر أيسر وأسهل

والعفو عن الضرب أولى فقد روى عن عطاء رضي الله عنه قال: «لا يضربها وإن أمرها ونماها فلم تطعه، ولكن يغضب عليها».

قال ابن العربي: هذا من فقه عطاء وذلك لأن الأمر بالضرب أمر إباحة وقد اقترن به ما يدل على الإباحة من الأحاديث المنفرة من الضرب^(١) لذلك الأولى تركه^(٢).

الحلول فإن ضرب التأديب الذي يكون بسواك أو منديل ملفوف أقل ضرراً من إيقاع الطلاق عليها لأن الطلاق هدم لكيان الأسرة وارتكاب الضرر الأخف أولى فالضرب ليس إهانة للمرأة وإنما هو طريق من طرق العلاج ينفع في بعض النفوس الشاذة المتمردة التي لا ينفع معها الجميل، والإسلام برئ من بعض الممارسات الفردية التي يقوم بها البعض الذين يفرطون في استعمال هذا الحق مما يكون معه إهانة للمرأة وهدر كرامتها فالإسلام إنما أباح ضرب التأديب والعلاج لا ضرب التعذيب وقال إن تركه أولى.

(١) ومن ذلك قوله ﷺ: «لا يجلد أحدكم امرأته جلد البعير ثم يجامعها في آخر اليوم» رواه البخاري في كتاب النكاح باب ما يكره من ضرب النساء فتح الباري (٢١٣/٩). وقوله ﷺ: «لن يضرب خياركم» وأن عائشة رضي الله عنها قالت: ما ضرب رسول الله ﷺ خادماً له ولا امرأة له قط. أخرجه أحمد وابن حبان وابن حجر في فتح الباري (٢١٥/٩).

(٢) وقد قيل إن الأحاديث التي تنهي عن ضرب النساء كانت قبل نزول الآية التي تبيح الضرب ثم نسخت بالآية إذا قلنا بجواز نسخ السنة بالكتاب فيحتمل أن يكون النبي ﷺ فمى عن ضربهن ثم نسخ هذا الأمر بالآية ثم أذن رسول الله ﷺ

وخلاصة القول أن ضرب المرأة الناشز مباح في الجملة وهو ضرب التأديب إذا رأى منها ما يكره وإن اكتفى بالوعظ والتهديد والهجر كان أفضل فكلما أمكن الوصول إلى الغرض بالإيهام لا يعدل إلى الفعل لما في وقوع ذلك من النفرة المضادة لحسن المعاشرة المطلوبة في الحياة الزوجية وبعد أن يستنفد جميع وسائل الإصلاح^(١).

وهل يكون الضرب بالنشوز ولو مرة واحدة أو لا بد من تكرار النشوز حتى يباح للرجل الضرب؟

قال بعض الفقهاء: إن الآية مرتبة حسب أحوال المرأة فإذا خاف النشوز وعظ فإذا نشزت هجر فإذا أصرت على النشوز ضرب وبناء على ذلك فلا يكفي النشوز مرة واحدة لكي يباح للرجل أن يضرب زوجته ولكن لا بد من تكراره وهذا قول عند الشافعية، والخرقي من الحنابلة. وقالوا لأن المقصود زجرها عن المعصية في المستقبل فيبدأ بالأسهل.

=

في ضربهن موافقة للكتاب غير أنه جعل تركه أولى بقوله ﷺ : «ولن يضرب خياركم».

أو يحمل النهي في الأحاديث على أن العفو أولى أو على الضرب بغير سبب وهذا أولى من القول بالنسخ لأنه يلزم من القول به العلم بالتاريخ ولا يلجأ إلا عند تعذر الجمع. المجموع (٤٥٠/١٦)، مغني المحتاج (٢٦٠/٣).

(١) بدائع الصنائع (١٥٥١/٣)، القرطبي (١٨٣٧/٢، ١٨٣٨)، أحكام القرآن لابن العربي (٤٢٠/١، ٤٢١)، المجموع (٤٤٨/١٦)، مغني المحتاج (٢٦٠/٣)، حاشية الدسوقي (٣٤٣/٢)، سبل السلام (٢١٧/٣)، المغني (٤٧/٧)، نظام الأسرة في الإسلام (ص ٣٢٥).

أما الجمهور من الأحناف والمالكية، والأصح عند الشافعية، وظاهر مذهب الإمام أحمد قالوا: إنه يكفي النشوز مرة واحدة فإن الرجل إذا خاف النشوز وعظ فإذا رأى أمارات النشوز هجر فإذا حصل النشوز ضرب وعلى ذلك فيكفي النشوز مرة واحدة.

وهذا هو الأصح لقوله تعالى: ﴿وَالَّتِي تَخَافُونَ﴾ [النساء: ٣٤].

فظاهر الآية أن له فعل الأشياء الثلاثة لخوف النشوز ولأن عقوبات المعاصي لا تختلف بالتكرار وعدمه كالحدود^(١).

ويمنع الزوج من ممارسة هذه الوسائل المتقدمة إذا منع المرأة حقها من النفقة والكسوة والقسم وحسن العشرة حتى يؤدي لها حقها لأنه يكون ظالماً بطلبه حقه مع منعه حقها.

فإن رجعت الزوجة وأطاعت زوجها ووفته حقه وتركت النشوز فعلى الرجل أن يرجع إلى سابق عهده من حسن العشرة وجميل المودة والمحبة فإن الله تعالى يقول: ﴿فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا﴾ [النساء: ٣٤].

وإن لم ترجع واستمرت في النشوز والعصيان وحصل الشقاق فإن الشريعة الإسلامية وضعت كثيراً من الوسائل الجماعية بغية الإصلاح غير تلك الوسائل الفردية وسيأتي الحديث عنها إن شاء الله في الكلام على الشقاق ووسائل إنجائه.

المطلب الثاني: نشوز الزوج

ومعنى نشوز الزوج هو تباعده وتجاهفه عن زوجته، أو تركه

(١) المجموع (٤٤٨/١٦، ٤٤٩)، مغني المحتاج (٢٦٠/٣)، أحكام القرآن لابن

العربي (٤٢٠/١)، المغني (٤٧/٧).

مضاجعتها، أو التقصير في نفقتها وكسوتها، أو إعراضه^(١) بوجهه عنها وسبب هذا النشوز.

إما أن يكون لكبر سنها، أو دمامتها، أو فقرها، أو سوء خلقها، فقد روى أن رجلاً سأل علياً بن أبي طالب كرم الله وجهه عن قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَمْرًا خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ وَأُحْضِرَتِ الْأَنْفُسُ الشُّحَّ وَإِنْ تُحْسِنُوا وَتَتَّقُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾ [النساء: ١٢٨].

قال: هي المرأة تكون عند الرجل فتنو عيناه عنها من دمامتها، أو فقرها، أو كبرها، أو سوء خلقها، وتكره فراقه، فإن وضعت له من مهرها حل له، وإن جعلت له من أيامها فلا حرج^(٢).

ومعنى خافت توقعت بأن رأت أمارات النشوز ومن قال تيقنت فهو خطأ كما قال الإمام القرطبي، وقيل المعنى وإن امرأة خافت من بعلها دوام النشوز^(٣). وسائل إنهاء النشوز:

وينتهي هذا النشوز وهذا التراع بالصلح، فإذا رأت المرأة النشوز والإعراض من زوجها فإن الشرع أجاز لهما أن يصطلحا صلحاً يرضي الطرفين.

(١) والفرق بين النشوز والإعراض أن النشوز هو التباعد كلية والإعراض بأن يكون معها ولكن لا يكلمها ولا يأنس بها أو أنه يريد تطليقها.

(٢) تفسير القرطبي (٢/٢٠٦٥).

(٣) المرجع السابق.

بأن يتنازل كل منهما عن بعض حقه حسب الاتفاق كأن تتنازل المرأة عن حقها في النفقة والكسوة أو القسم في المبيت مقابل إبقائها في عصمته وعدم طلاقها فلا بأس في هذا إذا تراضيا على ذلك.

فقد روى عن عائشة رضي الله عنها قالت في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَمْرًا خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا﴾ [النساء: ١٢٨] هي المرأة تكون عند الرجل لا يستكثر منها فريد طلاقها ويتزوج غيرها فتقول أمسكني ولا تطلقني ثم تزوج غيري فأنت في حل من النفقة علي والقسمة لي فذلك قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾^(١).

وقد ثبت أن سودة بنت زمعة رضي الله عنها^(٢) وهبت يومها لعائشة حين أسنت وخافت أن يفارقها رسول الله ﷺ فقد روى أنها قالت للنبي ﷺ والذي بعثك بالحق ما لي في الرجال حاجة ولكني أحب أن أبعث مع نسائك يوم القيامة^(٣).

وقد وصف الله تعالى هذا الصلح بالخيرية فقال تعالى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ وفيه دليل على أن كل أنواع الصلح مباح في هذه الحالة بأن يعطي الزوج على أن تصبر هي أو تعطي هي على أن يبقى ويتمسك

(١) البخاري كتاب النكاح باب وإن امرأة خافت من بعلها نشوزًا أو إعراضًا. فتح الباري (٢١٥/٩).

(٢) سودة بنت زمعة بن قيس بن عبد شمس بن عبد ود بن نصر بن لؤي القرشية العامرية وهي زوج النبي ﷺ تزوجها بمكة بعد وفاة خديجة وقبل عائشة رضي الله عنهم أجمعين توفيت آخر خلافة عمر بن الخطاب. أسد الغابة (١٥٧/٧، ١٥٨).

(٣) فتح الباري (٢٢٣/٩).

الزوج بالعصمة، أو يقع الصبر على الآثرة، أو الصبر من غير عطاء فهذا كله مباح.

أو تصالحه على يومها تعطيه لغيرها، أو تصالح غيرها عن يومها بشيء تعطيه لها فقد ورد أن صفية^(١) زوج النبي ﷺ قالت لعائشة رضي الله عنها أصلحي بيني وبين رسول الله ﷺ وقد وهبت يومي لك^(٢).

فإن هذا الصلح خير من الفرقة وخير من التماذي على الخلاف والشحناء والمباغضة التي هي أساس الشر، وخير من النشوز والإعراض ويشترط في هذا الصلح رضا الطرفين به معاً فإن لم ترض فعلى الزوج أن يوفيهما حقها كاملاً أو يفارقها، فإن امتنع من النفقة والسكنى فعلى الحاكم أن يحيلها إلى عدل ثقة ليستوفي لها حقها.

فإن رضيت بالصلح ثم عادت إلى طلب القسم فلها ذلك وعليه أن يقسم لها أو يطلقها وهو مذهب الشافعي، وأحمد، وبعض الفقهاء وذهب مالك وغيره إلى أنه ليس لها أن تنقض الصلح وترجع فيه^(٣).

(١) صفية بنت حي بن أخطب بن ثعلبة من بني إسرائيل كانت زوج سلام بن مشكم اليهودي تزوجها رسول الله ﷺ بعد فتح خيبر بعد أعتقها توفيت سنة ٣٦هـ - وقيل سنة ٥٠هـ. أسد الغابة (١٦٩/٧، ١٧١).

(٢) تفسير القرطبي (٢٠٦٦/٢).

(٣) فتح الباري (٢١٥/٩، ٢٢٣)، تفسير القرطبي (٢٠٦٥/٢)، أحكام القرآن لابن العربي (٥٠٢/١)، المجموع (٤٥٢/١٦)، المغني (٤٨/٧)، نظام الأسرة في الإسلام (ص ٣٣٣).

المبحث الثالث

الشقاق ووسائل إنهائه

ومعنى الشقاق أن كل واحد من الزوجين يأخذ شقاً غير شق صاحبه أي ناحية وطريقاً غير طريقه وهو مرحلة بعد النشوز فيتسع بينهما الخلاف والتراع وتقع العداوة والبغضاء وتحل محل المودة والرحمة ويتعذر عليهما الإصلاح.

فإذا استحكم الخلاف بينهما ولم يزل أحدهما للآخر عن كبريائه وعزته ولم يخط أحدهما خطوة للقرب فتلك حالة خطيرة ينبغي أن تتدخل الأسرة والمجتمع فيها وأهل الخير والإصلاح.

وقال بعضهم إنما يكون الشقاق إذا تجاوز الأمر التشاتم أو الضرب أو تمزيق الثياب^(١).

فإذا اتسع الخلاف والتراع بين الزوجين ولم يصل الزوج، أو الزوجة إلى نتيجة بعد أخذ الوسائل المتقدمة فقد شرع الإسلام وسائل أخرى على مستوى الجماعة لعلاج هذا الخلل في الأسرة لأن الحياة الزوجية لها جانب اجتماعي من جهة أنهما عضوان في المجتمع.

وسائل إنهاء هذا الشقاق:

وقد جعل الشرع لإنهاء هذا الشقاق والتراع في الأسرة وسائل كثيرة منها.

(١) تفسير القرطبي (٢/١٨٤٠)، المجموع (١٦/٤٥٣)، مغني المحتاج (٣/٢٦١)،

المغني (٧/٤٨)، أحكام القرآن لابن العربي (١/٤٢١)، حاشية الدسوقي

(٢/٢٤٤).

المطلب الأول: إنهاء النزاع والشقاق بالتحكيم

والتحكيم في اللغة مصدر حكمه في الأمر أي جعله حكماً وفوض الحكم إليه قال تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾ [النساء: ٦٥]^(١).

وشرعاً: تولية الخصمين [الزوجين] حكماً يحكم بينهما برضاها لفصل الخصومة^(٢)، والتولية هي التنصيب أي تنصيبه حكماً بينهما. والخصمان هما الفريقان المتنازعان فيشمل ما لو تعدد الخصوم ولذا أعيد عليهما ضمير الجماعة في قوله تعالى: ﴿هَٰذَا نِ خَصْمَانِ اخْتَصَمُوا﴾ [الحج: ١٩]^(٣).

إن من أهل الوسائل التي وضعتها الشريعة الإسلامية لمحاربة الشقاق والنزاع في الأسر والعمل على محاربة عوامل الهدم فيها بعث الحكمين من قبل الزوج أو الزوجة أو من الحاكم على ما سيأتي بيانه إن شاء الله لجمع الشتات ورأب الصدع الذي حدث بين الزوجين والعمل على الإصلاح بينهما.

(١) لسان العرب (٤/١٨٦) وما بعدها ط/ دار صادر.

(٢) والتحكيم في أصل مشروعيته سواء كان بين الزوجين أو بين غيرهما جائز وهو مذهب الجمهور من الفقهاء وقد خالف بعض الفقهاء الذين قالوا بعدم الجواز وقد أشرنا إلى ذلك في الفصل الرابع عند الكلام على النزاع في العين.

(٣) حاشية رد المختار (٥/٤٢٨)، تبين الحقائق (٤/١٩٣)، شرح مجلة الأحكام

قال تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾ [النساء: ٣٥].

أي. وإن خفتم أيها الحكام^(١) تباعد عشرتهما وصحبتهما فابعثوا حكمان من الأهل للإصلاح بينهما فينظران ممن الضرر فإن وجداهما قد اختلفا ولم يصطلحا وتفاقم أمرهما سعيا في الألفة جهدهما، وذكرهما بالله، وبالصحبة فإن أنابا ورجعا تركاهما وإن كان غير ذلك فرأيا الفرقة فرقا بينهما وتفريقهما جائز على الزوجين.

قال ابن العربي: مسألة الحكمين نص الله عليها وحكم بها عند ظهور الشقاق بين الزوجين واختلاف ما بينهما وهي مسألة عظيمة أجمعت الأمة على أصلها^(٢).

فإذا ما قام الحكمان بواجبهما خير قيام أصلحا ما قد يكون قد فسد بينهما وسدا باب عظيمًا من الشرور التي قد تفتح على المجتمع فتقوض بنيانه ولا تقوم له قائمة وقانا الله شر ذلك^(٣).

(١) وهذا رأي جمهور الفقهاء أن المخاطب بقوله وإن خفتم الحكم والأمرء ومن ينوب مناهما وقيل الخطاب للأولياء أي وإن خفتم أي علمتم خلافا بين الزوجين فابعثوا حكما، وقيل المراد الزوجين وهو ضعيف. بدائع الصنائع (١٥٥٢/٣)، القرطبي (١٨٤٠/٢)، أحكام القرآن لابن العربي (٤٢٣/١)، المجموع (٤٥٣/١٦).

(٢) أحكام القرآن لابن العربي (٤٢١/١).

(٣) تفسير القرطبي (١٨٤٠/٢، ١٨٤١).

مسألة: هل هما حاكمان أم وكيلان^(١)؟

وقد اختلف الفقهاء هل هما حاكمان يحكمان بما يريانه وعلى الزوج والزوجة الرضا بما يحكمان به أم أنهما وكيلان فلا يحكمان إلا برضا الزوجين وبما يريد كل منهما على مذهبين:

المذهب الأول: أنهما حاكمان وما يحكمان به على وجه الحكم لا على وجه الوكالة أو النيابة وهو مذهب المالكية، وقول للشافعية، ورواية عن الإمام أحمد^(٢).

المذهب الثاني: أنهما وكيلان للزوجين فليس لهما حق التفريق بينهما إلا إذا وكلهما الزوجان في ذلك ورضيا به وهو مذهب الأحناف، والقول الآخر للشافعية، ورواية عن الإمام أحمد^(٣).

(١) وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أنهما شاهدان ورسولان من قبل الحاكم فالتفريق يكون للحاكم لا إليهما ما لم يوكلهما الزوجان أو يأمرهما الحاكم، ويرشد

إلى ذلك قوله تعالى ﴿إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾ أي

إن يريدَا الحكمَان وتخلص نيتهما للإصلاح يوفق الله بين الزوجين. المجموع (٤٥٣/١٦)، تفسير القرطبي (١٨٤٢/٢).

(٢) حاشية الدسوقي (٣٤٤/٣)، بلغة السالك (٤٤٠/١)، القرطبي (١٨٤٢/٢)،

أحكام القرآن لابن العربي (٤٢٥/١)، المجموع (٤٥٤/١٦)، المغني (٤٩/٧).

(٣) بدائع الصنائع (١٥٥٢/٣)، المهذب (١٨٩/١)، ط/ الحلبي، المجموع

(٤٥٤/١٦) المغني (٤٩/٧، ٥٠).

سبب الاختلاف:

ويرج السبب في اختلافهم إلى أنهم اختلفوا في المخاطب بقول تعالى ﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٣٥].

هل المخاطب بذلك الحكام، أم الأولياء، أو الزوجان^(١)؟

فمن قال إن الخطاب للحكام قال: إنهما حاكمان وهو المذهب الأول ومن قال إن المخاطب الأولياء قال هما وكيلان للزوج أو الزوجة.
الأدلة:

أدلة المذهب الأول:

(١) قوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾ :

وجه الدلالة من الآية:

إن الله تبارك وتعالى سماهما حكيمين والوكيل مأذون وليس بحكم ولم يعتبر رضا الزوجين، ثم قال إن يريد إصلاحاً فخطب الحكيمين بذلك^(٢).

(٢) روى أن رجلاً وامرأة جاءا إلى علي عليه السلام ومع كل واحد منهما جمع من الناس فأمر علي عليه السلام فبعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها ثم قال الحكيمين تدريان ما عليكما؟ إن رأيتما أن تجمعما أن تجمعما وإن رأيتما أن تفرقا أن تفرقا قالت المرأة رضيت بكتاب الله بما عليّ فيه ولي وقال الرجل

(١) وقد قال ابن العربي من قال المخاطب الزوجان فلا يفهم كتاب الله فإن الله

خطب غير الزوجين بعد خطاب الزوجين بالوعظ والهجر والضرب والصلح وإذا كان المخاطب غيرهما فكيف يكون ذلك بتوكيلهما. أحكام القرآن لابن

العربي (٤٢٢/١).

(٢) بلغة السالك (٤٤٠/١)، مغني المحتاج (٢٦١/٣)، المغني (٤٩/٧).

أما الفرقة فلا فقال علي عليه السلام كذبت والله حتى تقر بمثل ما أقرت به^(١).
وجه الدلالة:

أن هذا الأثر يؤكد أنهما حاكمان لأنه أجبرهما على ذلك لا وكيلان ولا شاهدان كما يقول البعض فحكمهما ينفذ كما ينفذ حكم الحاكم في الأقضية وكما ينفذ حكم المحكم في جزاء الصيد في قوله تعالى: ﴿وَتَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [المائدة: ٩٥].

(٣) أن الفقهاء اعتبروا في المحكم شروط القاضي^(٢) ولو كان وكيلاً للزوجين لا شرط فيه شروط الوكيل.

(١) السنن الكبرى للبيهقي كتاب القسم والنشوز باب الحكمين في الشقاق (١٥٩/١١) رقم (١٥١٤٩)، سنن الدارقطني كتاب النكاح باب المهر (٢٩٥/٣) رقم (١٨٨)، مصنف عبد الرزاق كتاب الطلاق باب الحكمين (٥١٢/٦) رقم (٨٨٣).

(٢) بأن يكون أهلاً للقضاء أي صالحاً لأن يتولى القضاء فيشترط فيه العقل والبلوغ والإسلام ويشترط الذكورية كما يشترط في القاضي إلا عند الأحناف وبعض الفقهاء وكذلك الحرية والعدالة فلا يجوز تحكيم الفاسق وقال بعض الفقهاء: يشترط أن يكون من أهل الاجتهاد فإن لم يكن مجتهداً وجب أن يشاور العلماء. شرح فتح القدير (٤٠٧/٦)، حاشية رد المختار (٤٢٨/٥)، الذخيرة (٣٦/١٠)، مجلة الأحكام (٦٤٠/١)، تبصرة الحكام (٦٣/١)، مغني المحتاج (٤٧٨/٤)، زاد الفقهاء شرطاً في المحكم بين الزوجين أن يكون من أهل لقوله تعالى: ﴿حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾ والحكمة في ذلك أن أهل أعرف بأحوال الزوجين وأقرب إلى أن يرجع

أدلة المذهب الثاني:

(١) أن الشقاق قد يؤدي إلى الحكم بالفراق، والبضع حق الزوج والمال حق الزوجة وهما رشيدان فلا يولي عليهما في حقهما ولا يجوز لغيرهما التصرف في حقهما إلا بوكالة منهما أو ولاية عليهما في حالة عدم الرشد فيوكل هو حكمه بطلاق أو خلع وتوكل هي حكمها ببذل عوض، وقبل الطلاق ويفرق بينهما إن رأياه صواباً^(١).

(٢) الأثر السابق المروي عن الإمام علي كرم الله وجهه.

وجه الدلالة منه:

أن الإمام علي اعتبر رضاه فدل على أن التحكيم بتوكيله وإلا لم يشترط رضاه^(٢).

الرأي الرابع:

ويظهر بعد عرض المذاهب والأدلة رجحان القول الأول لقوة أدلته ولما فيه من تحقيق المصلحة لأن كل واحد منهما لن يرضى بما ليس في مصلحته فحتى لو اشترطنا رضا الزوجين بالحكمين أولاً فلا يشترط رضاهما بالحكم بعد صدوره.

الزوجان إليهما فإن لم يكن من الأهل من يصلح اختار الحاكم حكيم عدلين

مسلمين من غير الأهل ويستحب أن يكونا جارين. القرطبي (١٨٤١/٢).

(١) بدائع الصنائع (٣/١٥٥٢)، المجموع (١٦/٤٥١)، مغني المحتاج (٣/٢٦١).

(٢) المجموع (١٦/٤٥٤).

ثمرة الخلاف:

وتظهر فائدة الخلاف فيما إذا رأى الحكمان الفرقة بين الزوجين هل يتوقف ذلك على إذن الزوجين ورضاهما أم لا؟

وعلى القول الراجح أنهما حاكمان فلا يتوقف الحكم بالفرقة إذا رأيا ذلك على إذن الزوجين ورضاهما، فإن للحكّمين سلطة الجمع والتفريق بين الزوجين بعوض وبغير عوض حسبما يريان من المصلحة، ووجب على القاضي تنفيذ حكمهما وإمضاؤه إذا اتفقا عليه^(١) ولو لم يصادف مذهب القاضي فإن عليهما توخي المصلحة للطرفين إما بالتوفيق أو بالتفريق وفي الأثر المروي عن علي عليه السلام دليل على جبر الزوج قبول التفريق.

أما من قال إنهما وكيلان للزوج والزوجة فلا يملكان التفريق إلا بإذنهما وذلك لأنهما مأموران بالإصلاح دون ما عداه فإن مهمتهما الإصلاح لا غير فإن نجحا فيه فبها ونعمت وإلا تركا الزوجين على حالهما وليس لهما التفريق إلا أن يفوض لهما الزوجان ذلك فإن فوضاهما بالتفريق مع العجز عن الإصلاح كانا وكيلين عنهما في ذلك وجاز التفريق بينهما بهذه الوكالة. والراجح كما قلنا أنهما حاكمان^(٢) لا وكيلان فيملكان التفريق بدون

(١) فإذا اختلفا لم ينفذ حكمهما ولا يلزم قولهما بلا خلاف وعلى القاضي أو الحاكم أن يبعث حكّمين غيرهما حتى يجتمعا على شيء. شرح فتح القدير (٤١٠/٦)، القرطبي (١٨٤٣/٢)، ابن العربي (٤٢٧/١)، المجموع (٤٥٤/١٦)، مغني المحتاج (٢٦١/٣)، فتح الباري (٣١٤/٩).

(٢) ومع كونهما حاكّمين إلا أنه لا يجوز لهما أن يحكما بالحبس كما أنه لا يجوز لهما أن يعاقبا بالجلد ولأن الهدف من التحكيم حسم النزاع بالوسائل السلمية

إذن الزوج أو الزوجة^(١).

وبناء على هذا إذا قلنا إن لهما الحكم بالتفريق فإذا فرقا بين الزوجين على شيء يؤخذ من الزوج^(٢) أو الزوجة جاز وينفذ هذا إذا كانت الإساءة والشقاق منهما.

فإن رأيا الضرر كله من الزوج فرقا بينهما وذلك بأن يطلقا عليه طلاق واحدة بائة حتى لو أوقع الحكمان طلقتين أو ثلاثاً لم يقع بحكمهما أكثر من واحدة^(٣) وسواء كان هذا تفريقاً أم مخالعة على مال. أما العلة في كونه طلاقاً بائناً فلوجهين.

الأول: أن كل طلاق ينفذه الحاكم فإنه بائن.

وإن غايته الإثبات والحكم فإن للمحكم رد شهادة من لم تثبت شهادته عنده لأنه لا يحكم إلا بالبينة الثابتة كشأن كل حاكم.

(١) بدائع الصنائع (١٥٥٢/٣)، تفسير القرطبي (١٨٤٢/٢)، أحكام القرآن لابن العربي (٥٢٥/١)، الدسوقي (٣٤٤/٢)، بلغة السالك (٤٤٠/١)، المجموع (٤٥٣/١٦، ٤٥٤)، مغني المحتاج (٢٦١/٣)، المغني (٤٩/٧)، فتح الباري (٣١٥، ٣١٤/٩).

(٢) وخالف بعض الفقهاء فقالوا: لا يجوز الطلاق على أخذ شيء من الزوج لأنهما يجمعان عليه عوضين، إخراج الزوجة من يده وتحمله غرم ماله. المنتقى (١١٤/٤)، مطبعة السعادة بمصر.

(٣) وهذا قول أكثر الفقهاء وقال ابن القاسم وأصبع ينفذ حكمهما وذلك لأنهما حاكمان فينفذ ما حكما به. تفسير ابن العربي (٤٢٦/١)، تفسير القرطبي (١٨٤٣/٢).

الثاني: أن الذي وقع لأجله الطلاق هو الشقاق ولو شرعت الرجعة لعاد الشقاق كما كان ولما كان في تشريع التحكيم فائدة.

وذهب بعض الفقهاء كالشافعية، والحنابلة إلى أنهما إن فرقا بينهما بخلع فطلاق بائن وإن فرقا بطلاق فهو طلاق^(١).

وإن رأيا الإساءة والضرر والشقاق كله من الزوجة فرقا بينهما بمخالعة على أن ترد له ما أصدقها به، وإن كان الضرر بعضه من الزوج وبعضه من الزوجة فرقا بينهما بمخالعة على جزء من المهر يناسب مقدار الضرر من كل منهما فإن لم يعلم المضر منهما فقالوا يسكنهما القاضي إلى قوم ثقة فيتبين حالهما.

وليس للحكمين أن يحكما بإسقاط ما يجب على الزوج من نصف المهر إذا كان التفريق قبل البناء فإنه ليس لهما إسقاط الحقوق.

وينبني على الخلاف المتقدم في كونهما حاكمين أم وكيلين الخلاف فيما إذا غاب الزوجان أو أحدهما بعد بعث الحكمين فإن قلنا على الرأي الراجح أنهما حاكمان لم يجز لهما إمضاء الحكم في حالة الغياب؛ لأن كل واحد من الزوجين محكوم له وعليه والقضاء على الغائب لا يجوز.

وإن قلنا أنهما وكيلان فيجوز الحكم مع الغيبة لأن الوكالة لا تبطل بالغيبة وإن كان أحدهما وكل دون الآخر جاز لو كيله فعل ما وكل به مع غيبته.

(١) المنتقى (١١٤/٤)، أحكام القرآن لابن العربي (٤٢٦/١)، المدونة (٥٤/٥)

المغني (٥٦/٧، ٥٧).

فإن جن أحدهما بطل الحكم سواء قلنا أنهما حاكمان أم وكيلان أما بطلانه مع كونهما حاكمان فإن من شروط الحكم بقاء الشقاق وحضور المتداعين ولا يتحقق ذلك مع الجنون وإن قلنا أنهما وكيلان فإن الوكالة تبطل بجنون الموكل^(١).

مسألة: هل يكف إرسال واحد فقط؟

نعم يجزئ إرسال الواحد فقط إذا اتفقا عليه ورضيا به فإن الله تعالى حكم في الزنا بأربعة شهود وقد أرسل النبي ﷺ إلى المرأة الزانية أنيساً وحده وقال له إن اعترفت فارجمها.

وبناء عليه فلو حكم الزوجان واحداً لأجزاء بل هو أولى بالجواز، ويشترط في الحكمين العدالة فإذا كان واحد منهما غير عدل فإن حكمه منقوض لأنهما تخاطرا بما لا ينبغي من الغرر.

وقال ابن العربي الصحيح أن حكمه ينفذ سواء قلنا أنهما حاكمان أم وكيلان لأنه إذا كان توكيلاً ففعل الوكيل نافذ وإن كان تحكيمياً فقد قدماه بأنفسهما والغرر ليس بمؤثر فيه كما لا يؤثر في باب التوكيل، وباب القضاء مبني على الغرر^(٢).

(١) المغني (٥٠/٧).

(٢) تفسير القرطبي (١٨٤٣/٢)، أحكام القرآن لابن العربي (٤٢٧/١).

المطلب الثاني: إنهاء التراع بالخلع^(١)

والمرأة إذا كرهت زوجها لخلقه، أو خلقه أو دينه، أو كبره، أو ضعفه، أو نحو ذلك وخشيت أن لا تؤدي حق الله في طاعته^(٢) جاز لها أن تخالعه بعوض تفتدي به نفسها لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

وهو من أهم الوسائل التي تنهي التراع والخلاف والشقاق بين الزوجين ويقوم على رضا الطرفين.

(١) ويسمى الخلع والفدية والصلح والمبارأة إلا أن الخلع يختص ببذل المرأة جميع ما أعطاه.

(٢) أي فيما يجب عليها من حسن الصحبة وجميلة العشرة وترك إقامة حدود الله بأن تستخف المرأة بحق زوجها وسوء طاعتها إياه قاله ابن عباس ومالك بن أنس وجمهور الفقهاء، وقال الحسن بن أبي الحسن وقوم معه إذا قالت المرأة لا أطيع لك أميراً ولا أغتسل لك من جنابة ولا أبر لك قسماً حل الخلع وقال الشعبي معناه ألا يطيعا الله وذلك إن المغاضبة تدعو إلى ترك الطاعة. القرطبي (١/١٠٥١).

والخلع مأخوذ من خلع الثوب ونزعه لأن المرأة لباس الرجل مجازاً، وهو فرقة بين الزوجين بعوض^(١) مقصود راجع لجهة الزوج بلفظ طلاق أو خلع^(٢).

والجمهور من الفقهاء على جوازه لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

وجه الدلالة من الآية:

أن الآية صريحة في جواز أخذ العوض من المرأة بقصد تطليقها ويجوز لها أن تدفع ما تفتدي به نفسها.

قالوا وذكر الخوف في الآية جرى على الغالب لأن الغالب وقوع الخلع في حالة التشاجر والخلاف، ولأنه إذا جاز حالة الخوف وهي مضطرة إلى بذل المال ففي حالة الرضا أولى.

(٢) وأيضاً ما روي أن امرأة ثابت بن قيس^(٣) أتت النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله ثابت بن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره

(١) هذا القيد يعود للأعم الأغلب وهو أن الخلع لا يكون إلا بعوض وليس معنى هذا أنه لا يجوز بدون عوض بل يجوز ويكون طلاقاً كما إذا قالت المرأة خالعتي فقال خلعتك. الدسوقي والشرح الكبير (٣٤٧/٢)، المغني (٦٧/٧).

(٢) مغني المحتاج (٢٦٢/٣)، المغني (٥١/٧).

(٣) امرأة ثابت بن قيس واسمها جميلة امرأة ثابت بن قيس بن شماس وقيل إن التي حدث لها ذلك هي جميلة بنت أبي أخت عبد الله بن أبي بن سلول رأس النفاق

الكفر في الإسلام فقال رسول الله ﷺ : «أتردين عليه حديقته؟» قالت: نعم، قال رسول الله ﷺ : «أقبل الحديقة وطلقها تطليقه»^(١).

(٣) ثم إجماع الصحابة على جوازه ولم يعرف له في عصرهم مخالف وإجماع العلماء بعدهم والمخالف القليل لا ينقض الإجماع. ولم يشذ عن الجمهور إلا القليل^(٢) فقالوا: لا يحل للزوج أن يأخذ من زوجته شيئاً.

وقالوا: إن قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهَا فِيمَا أَفْتَدَتْ بِهٖ﴾ منسوخ بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَنًا وَإِنَّمَا مُبِينًا﴾ [النساء: ٢٠].

والراجح والصحيح ما ذهب إليه الجمهور لقوة أدلتهم ولأن دعوى النسخ لا يصير إليها إلا عند تعذر الجمع والعلم بأن الناسخ متأخر عن المنسوخ والعلم بتأخر قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ﴾ عن قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ﴾ لم يثبت. والجمع بينهما غير متعذر.

وهي نفسها امرأة ثابت تزوجها بعد حنظلة بن أبي عامر غسيل الملائكة وقيل إنها مريم المغالية وقيل حبيبة بنت سهل. فتح الباري (٣٠٩/٩، ٣١٠).

(١) البخاري كتاب الطلاق باب الخلع وكيف الطلاق فيه، فتح الباري (٣٠٦/٩)، سبل السلام (٣١٨/٣).

(٢) كأي بكري بن عبد الله بن المزيني التابعي وغيره.

فإن الآية الأولى وهي قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ ﴾ فهي في حالة النشوز والشقاق وعدم الطاعة وعدم تأدية الحقوق من جهة المرأة وكان هذا الخلع برضاها.

أما الآية الثانية وهي قوله: ﴿ وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَسْتَبْدَالَ زَوْجٍ ﴾ فإنها في حالة عدم رضا المرأة بالخلع ولكنه أتى من جهة الزوج بأن يضرها بالضرب والتضييق عليها ويمنعها حقوقها من النفقة والقسم ونحو ذلك لتفتدي نفسها منه بالخلع فهذا الخلع باطل والعوض الذي أخذه لا بد أن يرده فإن الله تعالى يقول: ﴿ يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَآءَاتِيْتُمُوهُنَّ ﴾ [النساء: ١٩] ^(١).

مسألة: هل الخلع طلاق أو فسخ ^(٢)؟

وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على مذهبين:

(١) يراجع تفسير القرطبي (١٠٥١/١)، بداية المجتهد (٥٤/٢)، حاشية الدسوقي (٣٤٧/٢)، المغني (٥١/٧، ٥٢)، فتح الباري (٣٠٧/١٩)، العدة (ص ٣٩٧)، سبل السلام (٢١٨/٣).

(٢) والفرق بين الطلاق والفسخ أننا لو جعلناه طلاقاً لا عتد به في عدد التطليقات الثلاث ولو جعلناه فسخاً فلا يعتد به في التطليقات الثلاث وقالوا إن الفرقة إن كان السبب الموجب لها غير راجع إلى الزوجين معاً فلو أرادا الإقامة معه لم يصح كان فسخاً وذلك مثل نكاح المحرمة بالرضاع أو النكاح في العدة، وإن كان إلى أحدهما ولهما أن يقيما عليه كان طلاقاً كالرد بالعيب. بداية المجتهد (٥٧/٢)، مغني المحتاج (٢٦٨/٣)، المغني (٥٧/٧).

المذهب الأول: وهو يبين أن الخلع طلاق^(١) وهو قول الجمهور من الأحناف والمالكية وأحد قولي الشافعي^(٢).

وإحدى الروايتين عن الإمام أحمد وجمع من الصحابة والمجتهدين^(٣).

المذهب الثاني: أن الخلع فسخ وهو أحد قولي الشافعي وإحدى الروايتين عن الإمام أحمد وقول ابن عباس^(٤).
الأدلة:

واستدل أصحاب المذهب الأول بما يأتي:

(١) أنها بذلت العوض للفرقة والفرقة التي يملك الزوج إيقاعها هي الطلاق دون الفسخ لأن الطلاق راجع إلى اختيار أحد الزوجين مع جواز

(١) ومن جعله طلاقاً جعله بائناً لأنه لو لم يكن بائناً وكان للزوج حق المراجعة في العدة بغير رضاها لم يكن لافتدائها معنى. بداية المجتهد (٥٦/٢)، سبل السلام (٢٢٠/٣).

(٢) وعند الشافعية قول أن الخلع من كنايات الطلاق لأنه لم يرد في القرآن ولم يستعمل عرفاً فيه ولأن صرائح الطلاق منحصرة في ألفاظ ليس هذا منها فلا يكون صريحاً ولا يقع الطلاق به بلا نية فإن نوى الطلاق كان طلاقاً وإلا لم يكن طلاقاً ولا فسخاً وقد نص عليه في الأم في مواضع وقواه السبكي من المتأخرين وذكر محمد بن نصر المروزي أنه آخر قولي الشافعي. مغني المحتاج (٢٦٨/٣)، فتح الباري (٣٠٨/٩).

(٣) بداية المجتهد (٥٦/٢)، حاشية الدسوقي (٣٤٧/٢)، بلغة السالك (٤٤١/١)،

مغني المحتاج (٢٦٨/٣)، المغني (٥٦/٧)، فتح الباري (٣٠٧/٩).

(٤) مغني المحتاج (٢٦٨/٣)، المغني (٥٦/٧).

البقاء على السبب الموجب للفرقة كالرد بالعيب فوجب أن يكون طلاقاً^(١).

(٢) أن الخلع لفظ لا يملكه إلا الزوج فكان طلاقاً.

(٣) أنه لو كان فسخاً لما جاز على غير الصداق كالإقالة، لكن الجمهور على جوازه بما قل وكثر فدل على أنه طلاق.

أدلة المذهب الثاني:

(١) أن الله تعالى ذكر في كتابه الطلاق فقال: ﴿الطَّلَقُ مَرَّتَانِ﴾ ثم ذكر الافتداء فقال: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ ثم قال بعد ذلك: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠].

وجه الدلالة من الآية:

أنه تعالى ذكر تطليقتين ثم ذكر الخلع ثم ذكر تطليقة بعدها فلو كان الخلع طلاقاً لكان عدد التطليقات أربعاً.

(٢) ما رواه ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت من زوجها على عهد رسول الله ﷺ فأمرها أن تعتد بحيضة^(٢).

(١) المغني (٥٧/٧)، بداية المجتهد (٥٦/٢).

(٢) رواد الترمذي وأبو داود، وقال الترمذي: حسن غريب. سنن الترمذي

(٤٨٢/٣)، رقم (١١٨٥)، وسنن أبي داود كتاب الطلاق باب في الخلع

(٩٥٦/٢)، رقم (٢٢٢٩)، والنسائي كتاب الطلاق باب ما جاء في الخلع

(٤٨١/٦)، حديث رقم (٣٤٦٣).

وجه الدلالة:

أن هذا يدل على أن الخلع فسخ لا طلاق وذلك لأن الله تعالى قال: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَتَّبْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ^١﴾ [البقرة: ٢٢٨] فلو كانت هذه مطلقة لم يقتصر بها على قرء واحد.

(٣) أنها فرقة خلت عن صريح الطلاق ونيته فكانت فسخاً كسائر الفسوخ وعندهم أن الفسوخ تقع بالتراضي قياساً على فسوخ البيع وهي الإقالة.

المناقشة والترجيح:

وقد نوقشت أدلة المذهب الثاني بما يأتي:

(١) أن ذكر الخلع مع ذكر التطليقات الثلاث لا يدل على أنه فسخ لأن الآية تضمنت حكم الافتداء على أنه شيء يلحق جميع أنواع الطلاق لا أنه شيء غير الطلاق فسبب الخلاف هل اقتران العوض بهذه الفرقة يخرجها من نوع فرقة الطلاق إلى نوع فرقة الفسخ أم لا؟

(٢) أن قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ﴾ [البقرة: ٢٣٠] معطوف على قوله تعالى: ﴿أَلطَّلِقُ مَرَّتَانٍ﴾ لأن قوله تعالى: ﴿أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَنٍ﴾ إنما يعني به أو تطليق بإحسان فلو كان الخلع معطوفاً على التطليقتين لكان لا يجوز الخلع أصلاً إلا بعد تطليقتين وهذا لا يقول به أحد^(١).

(٣) أن ما تأولوه في الآية غلط فإن قوله تعالى: ﴿أَلطَّلِقُ مَرَّتَانٍ﴾ أفاد حكم الاثنين إذا أوقعهما على غير وجه الخلع وأثبت معهما الرجعة بقوله فإمساك بمعروف ثم ذكر حكمها على وجه الخلع فعاد الخلع على الشتين

(١) تفسير القرطبي (١/١٠٥٦).

المتقدم ذكرهما إذ المراد بيان الطلاق المطلق والطلاق بعوض والطلاق الثالث بعوض كان أو بغير عوض فإنه يقطع الحل إلا بعد زوج^(١).

(٤) أن حديث ابن عباس مع غرابته كما ذكر الترمذي وإرساله كما ذكر أبو داود فقد قيل أن النبي ﷺ جعل عدتها حيضة ونصفاً^(٢) والراوي في الحيضة والنصف هو الراوي في الحيضة الواحدة^(٣) فالحديث مضطرب من جهة الإسناد والمتن فسقط الاحتجاج به في أن الخلع فسخ وفي أن عدة المطلقة به حيضة وإنما عدتها عدة المطلقة ثلاثة قروء^(٤).

(٥) أن الخلع من صريح ألفاظ الطلاق التي يدل عليها العرف حتى أنها لا تحتاج إلى نية ومن جعلها من الكنايات أوجب نية الطلاق فيها. فالراجح هو المذهب الأول لقوة أدلتهم ولأنه أمكن الرد على أدلة المخالف.

ثمرة الخلاف:

وتظهر فائدة الخلاف فيما إذا خالعتها ثلاث مرات فإنه على الرأي الراجح أن الخلع طلاق فإن خالعتها مرة حسبت طلقة وإن خالعتها مرتين حسبت طلقتين وإن خالعتها ثلاثاً طلقت ثلاثاً ولا يجوز له نكاحها ولا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره.

(١) تفسير القرطبي (١/١٠٥٦، ١٠٥٧).

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه كتاب النكاح باب المهر (٣/٢٥٥)، رقم (٤١).

(٣) (٤٢، ٤٣).

(٤) وهو هشام بن يوسف.

(٥) تفسير القرطبي (١/١٠٥٧).

وإن قلنا إنه فسخ^(١) فلا يحسب من عدد التطليقات فلا تحرم عليه وإن خالعهما مائة مرة^(٢).

ولا يفتقر الخلع إلى حكم حاكم وهو مذهب جمهور الفقهاء^(٣) ومروي عن عمر وعثمان لأنه معاوضة فلم يفتقر إلى السلطان كالبيع والنكاح، ولأنه قطع عقد بالتراضي فأشبهه الإقالة.

الاختلاف في الخلع:

فإن ادعت المرأة الخلع وأنكره الرجل صدق بيمينه وذلك لأن الأصل بقاء النكاح وعدم الخلع وإن أقامت بينة فلا مطالبة له بالمال لأنه ينكره، فإن ادعاه الرجل وأنكرته المرأة بانت بإقراره ولم يستحق عليها عوضاً لأنها منكورة.

(١) والذي قال إنه فسخ قال إنما لو بذلت له العوض على فراقها فهو طلاق لا اختلاف فيه، وإن وقع بغير لفظ الطلاق مثل كنايات الطلاق أو لفظ الخلع أو المفاداة ونوى الطلاق فهو طلاق أيضاً والخلاف واقع فيما إذا كان بغير عوض ولم ينو الطلاق. المغني (٥٧/٧).

(٢) بداية المجتهد (٥٦/٢)، بلغة السالك (٤٤١/١)، حاشية الدسوقي (٣٤٧/٢)، مغني المحتاج (٢٦٨/٣)، المغني (٥٦/٧، ٥٧)، سبل السلام (٢٢٠/٣)، فتح الباري (٣٠٧/٩، ٣٠٨)، القوانين الفقهية (ص ٢٠١)، تفسير القرطبي (١٠٥٥/١، ١٠٥٦).

(٣) وقال بعض الفقهاء إنه لا يجوز الخلع إلا عند السلطان فيفتقر لحكم حاكم به. المغني (٥٢/٧)، حاشية الدسوقي (٣٤٧/٢)، بلغة السالك (٤٤١/١).

فإن اتفقا على الخلع واختلفا في قدر العوض أو جنسه أو نوعه أو حله أو تأجيله أو صفته فالقول قول المرأة وهو مذهب الجمهور لأنه أحد نوعي الخلع فكان القول قول المرأة كالطلاق على ما إذا اختلفا في قدره ولأن المرأة منكرا للزيادة في القدر أو الصفة فكان القول قولها، وقيل القول قول الزوج وهي رواية عن الإمام أحمد لأن البضع يخرج من ملكه فكان القول قوله في عوضه.

وقال الإمام الشافعي يتحالفان لأنه اختلاف في عوض العقد فيتحالفان فيه كالمبتاعين إذا اختلفا في الثمن ويجب لها حينئذ مهر المثل والرأي الراجح الأول لقوة أدلتهم وذلك لأن التحالف في البيع يحتاج إليه لفسخ العقد والخلع في نفسه فسخ فلا يفسخ^(١).

المطلب الثالث: إنهاء التراع والشقاق بالطلاق

وهو لغة: حل القيد والإطلاق.

وشرعاً حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه^(٢).

وهو مشروع وقد دل على مشروعيته الكتاب والسنة والإجماع قال تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَنٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩] وما روي أن ابن عمر رضي الله عنهما طلق امرأته وهي حائض فسأل عمر بن الخطاب النبي ﷺ عن ذلك فقال له: مره فليراجعها ثم ليتركها حتى

(١) بداية المجتهد (٥٧/٢)، الدسوقي (٣٦٠/٣)، مغني المحتاج (٢٧٨/٣)، المغني

(٩٣/٧)، بلغة السالك (٤٤٦/١).

(٢) مغني المحتاج (٢٧١/٣)، المغني (٩٦/٧)، حاشية الدسوقي (٣٦١/٢).

تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء^(١).

وأجمع العلماء على جوازه والعقل دال على جوازه فإنه ربما فسد الحال بين الزوجين فيصير بقاء النكاح مفسدة محضة وضرر مجرد بإلزام الزوج النفقة والسكنى وحبس المرأة مع سوء العشرة والخصومة الدائمة من غير فائدة فشرع الله الطلاق علاجاً للخلافات الزوجية حين لا ينفع معها علاج سواه، ولرفع المفسدة والمضرة الحاصلة بالنكاح مع الخلاف. فالحياة الزوجية في مفهوم الإسلام حياة متجددة فيها حرارة الحياة ودفء المودة ونعيم الرحمة فإذا تحطمت هذه المعاني كان لا بد للطلاق أن ينهي حالة الجمود تلك.

والطلاق لم يشرع مطلقاً بدون قيد بل وضع الشارع عليه قيوداً كثيرة^(٢) وجعل هناك فترة اختبار وامتحان للزوجين إثر الطلاق فجعل

(١) رواه البخاري في كتاب الطلاق باب قول الله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾. فتح الباري (٢٥٨/٩).

(٢) فمن ناحية الشخص اشتراط أن يكون بالغاً عاقلاً طائعاً مختاراً فلا يقع طلاق الصبي ولا المجنون ولا المكره ولا السكران إذا كان سكره بعذر وبغير محرم وإلا فيقع، ولا بد أن يكون الطلاق بلفظ يدل عليه صراحة أو كناية مع نية الطلاق في الكناية، ولا بد أن يكون هناك سبب يدعو إلى الطلاق وإلا كان حراماً أو مكروهاً.

الطلاق الأول والثاني إذا وقع مستوفياً للشروط^(١) رجعيًا وهي فترة يتروى فيها كل من الطرفين في مدى استعداده لمواصلة هذه الحياة الزوجية، ويتمكن الزوج في هذه المدة من مراجعة زوجته ما دامت في العدة إذا ما تبين خطؤه وهو نظام انفردت به الشريعة الإسلامية حرصًا منها على استئناف الحياة الزوجية.

ولقد جعل الإسلام أمر الطلاق في يد الزوج لأن إنهاء الحياة الزوجية وفصم عراها لا بد أن يكون في يد من يستطيع الميزان والتقدير السليم لا من تغلب عليه عاطفته فيغفل عن العواقب ويهرب من التبعات.

(١) والتي منها الشروط التي ذكرناها في الهامش السابق وأيضًا كون الطلاق سنياً أو واقعاً حسب السنة النبوية فالطلاق منه ما هو سني ومنه ما هو بدعي، أما السني فهو ما اجتمعت فيه أربعة شروط:

- [١] أن تكون المرأة طاهرة من الحيض والنفاس حين الطلاق.
- [٢] أن يكون الزوج لم يمسه في ذلك الطهر بمعنى أنه لم يجامعها في هذا الطهر.
- [٣] وأن يكون الطلاق الواقع فيه طلاقاً واحداً خلافاً للشافعي.
- [٤] وألا يتبع هذه الطلقة التي وقعت في الطهر طلاقاً أخرى حتى تنقضي عدتها خلافاً لأبي حنيفة، فإذا وقع الطلاق على هذا الوجه كان طلاقاً صحيحاً موافقاً للسنة أما البدعي فهو ما نقصت فيه هذه الشروط كأن يطلقها في الحيض أو في طهر مسها فيه فإذا وقع الطلاق فإنه يأنم والطلاق واقع ونافذ. القوانين الفقهية (ص ١٩٥)، مغني المحتاج (٣/٣٠٧)، المغني (٧/٩٩، ١٠٠).

والمرأة بطبيعتها متقلبة لا تستقر عاطفتها على حال وهي سريعة التأثير وقد تكره اليوم ما أحبه بالأمس فإذا جعل زمام الأسرة والحياة في يدها فإن هزة هائلة سوف تصيب الأسرة.

والطلاق قسمان:

طلاق رجعي وطلاق بائن:

أما الطلاق الرجعي فهو الذي يملك فيه الزوج مراجعة زوجته ولو بدون رضاها ما دامت في العدة لأنها ما زالت زوجة فله أن يراجعها فإن انقضت عدتها بانت منه فلا تحل له إلا بعقد ومهر جديدين، أما الطلاق البائن فهو الذي لا يملك الزوج مراجعة زوجته إلا برضاها وبعقد جديد ومهر جديد أو حتى تنكح زوجاً غيره وهو يكون في أربعة مواضع.

الموضع الأول: الطلاق ثلاثاً في ثلاث مرات متفرقة فإن الزوجة حينئذ تبين منه ولا يجوز له مراجعتها حتى ولو كانت في العدة إلا بعد أن تنكح زوجاً غيره وتذوق عسيلته^(١) ويذوق عسيلتها ثم يطلقها أو يموت عنها أما تزويجها بنية التحليل فهو حرام لأن النبي ﷺ قال: «لعن الله المحلل والمحلل له»^(٢).

(١) العسيلة النطفة أو ماء الرجل أو حلاوة الجماع تشبيهه بالعسل للذته وقد نقل ابن القاسم عن مالك أن العسيلة اللذة ومجاوزة الختان، وقال ابن المنذر: معنى ذوق العسيلة هو الوطء. المنتقى (٢٩٩/٣)، مواهب الجليل (٤٦٨/٣)، القاموس المحيط (١٦/٤) ط/ دار الجليل.

(٢) سنن الترمذي كتاب النكاح باب ما جاء في المحلل والمحلل له (٢٩٤/٢) ط/ المكتبة السلفية، سنن أبي داود كتاب النكاح باب التحليل (٢٧٧/٢)، ط/ بيروت، وابن ماجه بلفظ لعن رسول الله ﷺ المحلل والمحلل له، قال في الجمع فيه رفعة بن صالح وهو ضعيف.

فإن تزوجها غير قاصد إحلالها لزوجها الأول فهل تحل بالعقد أم لا بد من الوطء^(١)؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على مذهبين:

المذهب الأول: الجمهور من الفقهاء منهم الأئمة الأربعة وجمع من العلماء أن العقد على المبتوتة غير كاف في تحليلها لزوجها الأول ولو كان الزوج الثاني غير قاصد إحلالها له فلا بد من الوطء وذوق العسيلة.

المذهب الثاني: سعيد بن جبير^(٢) وابن المسيب^(٣)،

(١) قال ابن العربي ما مرت بي في الفقه مسألة أعسر منها وذلك أن من أصول الفقه أن الحكم هل يتعلق بأوائل الأسماء أو بأواخرها فإن قلنا إن الحكم يتعلق بأوائل الأسماء لزمنا أن نقول بقول سعيد بن المسيب وإن قلنا أن الحكم يتعلق بأواخرها لزمنا أن نشترط الإنزال مع مغيب الحشفة في الإحلال لأنه آخر ذوق العسيلة على ما قاله الحسن البصري أنه لا بد من الإنزال. أحكام القرآن لابن العربي (١/١٩٨)، الحلي، القرطبي (١/١٠٦٠).

(٢) سعيد بن جبير الأسدي تابعي حبشي الأضل أخذ العلم عن عبد الله بن عباس وابن عمر وكان ابن عباس إذا آتاه أهل الكوفة يستفتونه قال أتسألوني وفيكم ابن أم دهماء يعني سعيد، قتله الحجاج بن يوسف، قال الإمام أحمد قتل الحجاج سعيداً وما على الأرض أحد إلا وهو مفتقر إلى علمه وكان ذلك سنة ٩٥هـ. الأعلام (٣/٩٣)، وفيات الأعيان (١/٢٠٤)، حلية الأولياء (٤/٢٧٢).

(٣) سعيد بن المسيب بن حزن المخزومي القرشي سيد التابعين وأحد الفقهاء السبعة بالمدينة جمع بين الحديث والفقه والزهد والورع وكان يعيش من التجارة بالزيت لا يأخذ عطاء وكان أحفظ الناس لأقضية عمر حتى سمي

وغيرهما^(١) أن العقد على المبتوتة إن كان بغير قصد إحلالها فإنه كاف في إحلالها لزوجها الأول.

الأدلة:

استدل أصحاب المذهب الأول بما يأتي:

(١) قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ [البقرة: ٢٣٠].

وجه الدلالة من الآية:

أن النكاح هنا الجماع لأنه قال زوجاً فقد تقدمت الزوجية فصار النكاح الجماع.

(٢) ما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت أتت امرأة رفاعة إلى النبي ﷺ فقالت: كنت عند رفاعة فطلقني فبت طلاق فتزوجت عبد الرحمن بن الزبير^(٢) وإن ما معه مثل هدبة الثوب فتبسم رسول الله ﷺ

=

راوية عمر ولد سنة ١٣هـ وتوفي بالمدينة سنة ٩٤هـ. الأعلام (١٠٢/٣)،

طبقات ابن سعد (٨٨/٥)، حلية الأولياء (١٦١/٢).

(١) وذلك كابن اللباد القرطبي وهو مالكي المذهب توفي سنة ٣٣٣هـ، وبعض الخوارج.

(٢) عبد الرحمن بن الزبير بفتح الزاي ليس هو عبد الرحمن بن الزبير بن العوام

الصحابي المعروف وقد نبه على ذلك ابن حجر في الإصابة والطبري

والسيوطي وغيرهم. الإصابة (٣٠٥/٤، ٣٠٦) ط/ دار لمطبعة مصر، الفجالة،

تفسير الطبري (٤٧٦/٢)، ط/ دار الفكر، الدر المنثور للسيوطي (٢٨٤/١).

فقال: «أتريدون أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك»^(١) والحديث نص في المدعي فلا وجه لمخالفته.

(٣) أن النبي ﷺ قال: «إذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ويذوق كل منهما عسيلة صاحبه»^(٢).

واستدل أصحاب المذهب الثاني بما يأتي:

(١) قوله تعالى: ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠].

وجه الاستدلال بالآية:

أن النكاح المقصود في الآية هو العقد وإن كان يستعمل في العقد والوطء جميعاً عند الإطلاق وعدم القرينة لكنه يصرف إلى العقد عند وجود قرينة وقد وجدت القرينة وذلك لأن النكاح أضيف للمرأة في قوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ والعقد يوجد منها كما يوجد من الرجل وأما الجماع فإنه يقوم به الرجل وحده والمرأة محله فانصرف إلى العقد بهذه القرينة^(٣).

(١) أخرجه مسلم في صحيحه واللفظ له كتاب النكاح باب لا تحل المطلقة ثلاثاً (١٠٥/٢). بيروت، والبخاري كتاب الشهادات باب شهادة المختبئ (٢٤٩/٥)، ط/ الكويت، والترمذي كتاب النكاح باب فيمن يطلق امرأته ثلاثاً فيتزوجها آخر قبل أن يدخل بها (٢٩٤/٤).

(٢) أخرجه الدارقطني بهذا اللفظ كتاب الخلع والطلاق وهو حديث ضعيف فيه أم محمد يقال لها أمية وهي مجهولة، التعليق على سنن الدارقطني مطبوع على السنن (٣٢/٤، ٣٣) ط/ دار المحاسن.

(٣) بدائع الصنائع (٢٧٤/٣).

المناقشة والترحيح:

والراجع المذهب الأول لقوة أدلتهم أما القول الثاني فإنه شاذ كما نص على ذلك بعض العلماء، ولأن علم ما يعتبر عندهما من الشروط والأركان في هذه المسألة وفي غيرها متعذر لعدم تدوين مذهبهما فربما أدى ذلك للتلفيق عليهما الموجب لعدم صحة التقليد.

وقد صح أن سعيد بن المسيب رجع عن قوله هذا ووافق الجمهور ولعل حديث العسيلة لم يبلغهما أو لم يصح عندهما فأخذا بظاهر القرآن وقولهما مرفوض لمخالفته الأحاديث الصحيحة والإجماع^(١).

فإن كان الطلاق ثلاثاً بلفظ واحد فهل يقع ثلاثاً أو واحدة؟ الجمهور على أن الطلاق ثلاثاً وهو المروي عن كثير من الصحابة والتابعين والأئمة الأربعة بعدهم وتحرم على زوجها حتى تنكح زوجاً غيره.

وقد روى عن بعض الصحابة وبعض المجتهدين أن الطلاق ثلاثاً بلفظ واحد لا يقع إلا واحدة وقد أخذ القانون المصري بهذا للتيسير على الناس

(١) معاني القرآن للنحاس (٢٠٦/١) تحقيق الصابوني، ط/ أم القرى، جامع البيان للطبري (٤٧٥/٢)، الدر المنثور للسيوطي (٢٨٤/١)، ط/ طهرات، بدائع الصنائع (٢٧٣/٣)، بداية المجتهد (٦٩/٢)، شرح زروق وابن ناجي على الرسالة (٥١/٢)، المنتقى للباجي (٢٩٨/٣)، الفتاوى البزازية مطبوع على الفتاوى الهندية (٢٦١/٤) ط/ بيروت، مغني المحتاج (١٨٢/١٣، ١٨٣)، روضة الطالبين (١٢٥/٧) ط/ المكتب الإسلامي، تفسير القرطبي (١٠٦٠/١).

ولسهولة الأخذ به وقد استدلوا على ذلك بما روى عن ابن عباس رضي الله عنه قال طلق ركانة بن عبد يزيد امرأته ثلاثاً في مجلس واحد فحزن عليها حزناً شديداً فسأل النبي ﷺ عن ذلك فقال له كيف طلقته؟ قال ثلاثاً في مجلس واحد فقال النبي ﷺ : إنما تلك واحدة فارتجعها إن شئت فارتجعها^(١).

وهذا الحديث نص في المسألة لا يقبل التأويل ولا فرق في هذا بين المدخول بها وغير المدخول بها^(٢).

الموضع الثاني من مواضع الطلاق البائن.

طلاق الخلع وقد ذكرنا قبل ذلك أن الطلاق في الخلع طلاق بائن لا يملك الزوج مراجعة زوجته إلا برضاها وبعقد ومهر جديدين.

الموضع الثالث: إذا أطلقها قبل أن يدخل بها.

الموضع الرابع: المبرأة وهي التي تملك فيه المرأة أمر نفسها فإذا أوقعت الطلاق كان بائناً وبهذا الطلاق بأنواعه وأقسامه ينتهي الشقاق والتراع الذي حدث في الأسرة ويفكر كل واحد منهما في حياة جديدة.

(١) فتح الباري (٢٧٥/٩).

(٢) المغني (١٠٤/٧)، مغني المحتاج (٢٩٥/٣)، فتح الباري (٢٧٥/٩).

المبحث الرابع

بعض صور التنازع بين الزوجين وفيه ثلاث مطالب

المطلب الأول: الاختلاف والتنازع في المهر قبل الدخول^(١):

والمهر أو الصداق ما وجب بنكاح أو وطء أو تفويت بضع قهراً^(٢) وهو حق للمرأة لا يجوز التراضي على عدمه ولها أن تمنع نفسها منه حتى تقبض ما حل لها من المهر قال تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: ٤].

ويجب جميعه بالدخول أو بالموت ونصفه بالطلاق قبل الدخول. فإذا تنازع الزوجان فيما وجب للمرأة قبل الدخول بها وهو نصف المهر فإن الشارع أوجب على الرجل أن يدفع لها نصف مهرها إذا طلقها قبل الدخول وندبها إلى إنهاء هذا التراع بالعفو. إنهاء التراع في المهر قبل الدخول بالعفو.

قال تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾ [البقرة: ٢٣٧].

فإذا عفت المرأة عن صداقها الذي لها على زوجها أو عن بعضه أو وهبته له بعد قبضة وهي جائزة الأمر في ما لها جاز ذلك وصح ولا خلاف

(١) لأن المهر بعد الدخول يصير ديناً في ذمة الزوج وقد سبق الكلام عنه في فصل التنازع في الديون.

(٢) مغني المحتاج (٣/٢٢٠)، حاشية الدسوقي (٢/٣٢٧).

فيه لقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُورَ﴾ يعني الزوجات وقال تعالى: ﴿فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا﴾ [النساء: ٤].

فإن كان العفو قبل الدخول فإنه يجوز العفو عن نصف المهر سواء كان المهر ديناً أو عيناً.

ولا يحتاج الإسقاط إلى قبول إذا كانت المرأة مالكة أمر نفسها وكانت بالغة عاقلة رشيدة. وكذلك إذا أبرأت المفوضة من المهر صح قبل الدخول وبعده سواء في ذلك مفوضة البضع أو مفوضة المهر^(١).

فإذا عفت المرأة عن نصف صداقها الواجب لها ووهبته لزوجها ثم طلقها قبل الدخول فقال مالك لا يرجع عليها بشيء وقال الشافعي يرجع عليها بنصف الصداق.

وسبب الخلاف هل النصف الواجب للزوج بالطلاق هو عين الصداق أو دين في ذمة المرأة فمن قال عين الصداق قال لا يرجع عليها بشيء. ومن قال في ذمة المرأة قال يرجع عليها بنصف الصداق كما لو وهبت له غير ذلك من مالها.

وفرق أبو حنيفة بين القبض وعدم القبض فقال إن قبضت فله النصف وإن لم تقبض حتى وهبت فليس له شيء كأنه رأى الحق في العين ما لم تقبض فإذا قبضت صارت في الذمة^(٢).

(١) تفسير القرطبي (١/١١١٨)، القوانين الفقهية (ص ١٧٥)، المجموع

(١٦/٣٦٤)، تفسير ابن كثير (١/٣١٠)، المغني (٦/٧٢٩).

(٢) بداية المجتهد (٢/٢١)، البناية شرح الهداية (٥/١٣٩، ١٤٠)، الذخيرة

(٤/٣٥٨)، مغني المحتاج (٣/٢٤٠).

مسألة: من المراد بقوله ﴿أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ ؟
اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين:

المذهب الأول: أن المراد بقوله أو يعفوا الذي بيده عقدة النكاح هو الولي^(١) وهو مذهب الإمام مالك وقول للشافعي في القديم وقول للإمام أحمد.

المذهب الثاني: أن المراد به الزوج^(٢) وهو مذهب الإمام أبي حنيفة، وقول الشافعي في الجديد، وظاهر مذهب الإمام أحمد، وقول ابن عباس، وكثير من الصحابة، والسلف.

سبب الخلاف:

ويرجع السبب في اختلافهم إلى الاحتمال الذي في قوله تعالى: ﴿أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ وأن لفظة يعفو تحمل الهبة وتحتمل الإسقاط فمن قال المراد الزوج قال يعفوا بمعنى يهب ومن قال المراد الولي قال يعفو بمعنى يسقط^(٣).

الأدلة:

واستدل أصحاب المذهب الأول بما يأتي:

(١) ويكون عفو الولي مثل عفو المرأة وخصوصاً إذا كان أباً للصغير فيعفوا عن نصف صداقها وكذلك السيد للأمة وذلك لشدة شفقة الأب دون الوصي وغيره. حاشية الدسوقي (٣٢٧/٢).

(٢) ويكون عفو الزوج عن حقه فيسلم لها كل المهر إذا كان حائز التصرف بأن يكون بالغاً عاقلاً رشيداً.

(٣) بداية المجتهد (٢١/٢).

- (١) أن الله تعالى بدأ بخطاب الأزواج على المواجهة فقال: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ﴾ ثم قال: ﴿أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ وهو خطاب غير حاضر فدل على أنه الولي ولو كان المراد الزوج لقال إلا أن يعفون أو تعفو لأنه تقدم ذكر الأزواج.
- (٢) ولأن الأصل في العطف بأو التشريك في المعنى لقوله: ﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُوكَ﴾ فإن معناه الإسقاط وقوله: ﴿أَوْ يَعْفُوا﴾ فتكون للإسقاط فيحصل التشريك، والعفو ظاهر في الإسقاط فيكون عفو الولي.
- (٣) أن الله تعالى ذكر عفو النساء عن نصيبهن فينبغي أن يكون الذي بيده عقدة النكاح هو الولي ليكون المعفو عنه في الموضعين واحداً.
- (٤) أن الولي بعد الطلاق هو الذي بيده عقدة النكاح لكونها خرجت عن يد الزوج.
- (٥) أن قوله تعالى: ﴿الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ يعني المتصرف فيه والزوج لا يتصرف في عقد النكاح بل كان يتصرف في الحل والولي الآن هو المتصرف في العقد.
- (٦) ولأن عفو الأب إنما يكون فيما إذا طلقها قبل البناء لأنه مورد النص أما قبل الطلاق وبعد الدخول فليس له ذلك والفرق بينهما أن استحقاقه بعد الطلاق وقبل الدخول على خلاف الأصل فسلط الأب عليه إذا رآه نظراً بخلاف الدخول أو قبل الطلاق لتعيين الاستحقاق فغلب حق الزوجة.

أدلة المذهب الثاني:

(١) ما رواه الدارقطني بإسناده أن النبي ﷺ قال: «ولي عقد النكاح الزوج»^(١).

(٢) أن الزوج هو المتمكن من رفعه فيعفو عن حقه ليسلم لها كل المهر إذ لم يبق للولي بعد العقد عقدة.

(٣) أن الله تعالى يقول: ﴿وَأَنْ تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى﴾ والعفو الذي هو أقرب للتقوى هو عفو الزوج عن حقه.

(٤) ولأن المال مال الزوجة فلا يملك الولي هبته وإسقاطه كغيره.

(٥) ولأن إسقاط الولي مال موليته خلاف الأصل.

المناقشة والترجيح:

وقد نوقشت أدلة المذهب الثاني بما يأتي:

أن الحديث الذي استدلوا به حديث ضعيف وعلى التسليم بصحته فإن المراد به إخبار عن حال الزوج قبل الطلاق.

أما كون إسقاط الولي خلاف الأصل فإن الولي يتصرف بما هو أحسن للمولى عليها وقد يكون العفو أحسن.

ولو قلنا المراد الزوج فالمراد بالعفو حينئذ التزام ما سقط بالطلاق وهو تكملة المهر والتزام ما لم يجب لا يسمى عفواً.

وتمكن الزوج من النكاح بحقه في رفعه وفسخه فإن ذلك قبل الطلاق.

(١) سنن الدارقطني (٢٧٩/٣) كتاب النكاح باب المهر قال المعلق على السنن وفي

إسناده ابن لهيعة وهو ضعيف.

وكما يكون عفو الزوج أقرب للتقوى فإن عفو المرأة وعفو وليها هو أقرب لإدامة المودة والرحمة بين الناس وإنهاء التراع والخلاف والشقاق^(١). فالراجح المذهب الأول لقوة أدلته، وسلامتها من المعارض، ولأنه أمكن مناقشة أدلة المخالف والرد عليها.

المطلب الثاني: الاختلاف والتنازع بين الزوجين بسبب النفقة.

إن من الحقوق الواجبة للزوجة في إطار المعاشرة بالمعروف النفقة والكسوة والسكن يدل على ذلك الكتاب، والسنة، والإجماع، والمعقول. أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾ [النساء: ٣٤]. وقال تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: ٦]. أي على قدر ما يجده أحدكم من السعة والمقدرة والأمر بالإسكان أمر بالإنفاق. وقال تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] فقد أوجب الله لها في العدة حال الانفصال النفقة ففي دوام العصمة من باب أولى.

(١) بدائع الصنائع (٢/٢٩٦، ٢٩٧)، البناية شرح الهداية (٥/١٣٩، ١٤٠) ط/ بيروت، بداية المجتهد (٢/٢١)، القوانين الفقهية (ص ١٧٥، ١٧٦)، الذخيرة (٤/٣٧١، ٣٧٢)، حاشية الدسوقي (٢/٣٢٧)، المدونة (٢/٢٢٩)، تفسير القرطبي (١/١١١٨، ١١١٩)، تفسير ابن كثير (١/٣١٠)، مغني المحتاج (٣/٢٢٠)، المجموع (١٦/٣٦٤) ط/ دار الفكر، المغني (٦/٧٢٩، ٧٣٠).

وقوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا ءَاتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَهَا ۖ﴾ [الطلاق: ٧].

فالنفقة والكسوة والسكنى واجبة على الزوج بحسب يسره وعسره فإن هذه الأمور تدور مع الزوج يسراً وعسراً على قدر استطاعته^(١).

ومن السنة قول النبي ﷺ: «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف»^(٢). وما روي أن رجلاً سأل النبي ﷺ ما حق المرأة على الرجل؟ قال: «يطعمها مما يطعم ويكسوها إذا اكتسى»^(٣).

(١) وهذا قول الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك يعتبر حال المرأة على قدر كفايتها لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۖ﴾ والمعروف الكفاية، ولأنه سوى بين النفقة والكسوة والكسوة على قدر حالها فكذلك النفقة وقال الإمام أحمد الاعتبار بحال الزوجين معاً فإن كان موسرين فلها عليه نفقة الموسر وإن كان معسرين عليه نفقة المعسر وإن كانا متوسطين فلها عليه نفقة المتوسط وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً فعليه نفقة المتوسط أيهما كان الموسر وقول الشافعي أولى وأرجح. مغني المحتاج (٤٢٧/٣)، بداية المجتهد (٧٦/٢)، القوانين (ص ١٩١)، الذخيرة (٤٧١/٤)، المغني (٥٦٤/٧)، المجموع (٢٥٠/١٨).

(٢) رواه مسلم في صحيحه كتاب الحج باب حجه ﷺ. (٨٨٦/٢) رقم (١٢١٨).

(٣) رواه ابن ماجه في النكاح باب حق المرأة على الزوج (٥٩٣/١) رقم (١٨٥٠)، وابن حبان في صحيحه في النكاح باب معاشره الزوجين

(٤٨٢/٩)، رقم (٤١٧٥).

وقد اجتمعت الأمة على وجوب نفقات الزوجات على أزواجهن إذا كانوا بالغين إلا الناشز منهن ذكره ابن المنذر وغيره^(١).

أما المعقول فإن المرأة محبوسة بالنكاح حقاً للزوج ممنوعة من الاكتساب بحقه فكان نفع حبسها عائداً إليه فكانت كفايتها عليه وإلا هلكت^(٢). وهذه النفقة ثابتة للزوجة إذا سلمت نفسها للزوج على الوجه الواجب عليها.

فإذا سلمت له نفسها ولم يدفع لها ما يجب لها عليه من النفقة والكسوة أو دفع لها أقل من كفايتها فلها أن تأخذ من ماله الواجب أو تمامه بإذنه وبغير إذنه يدل على ذلك حديث هند عندما أتت للنبي ﷺ وقالت إن أبا سفيان رجل شحيح ولا يعطيني نفقتي فقال لها «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»^(٣). فإذا منعت المرأة نفسها ولم تسلم له تكون خارجة عن طاعته وناشزاً وتسقط نفقتها الواجبة عليه لأنها تجب بالتسليم فتسقط بالمنع^(٤) خلافاً لابن حزم الذي قال إن النفقة لا تسقط أبداً، لأن الله لم

(١) بدائع الصنائع (٤/١٥)، المغني (٧/٥٦٤)، الذخيرة (٤/٤٦٥).

(٢) المراجع السابقة.

(٣) رواد البخاري عن عائشة وقال الشوكاني رواه الجماعة إلا الترمذي صحيح

البخاري كتاب النفقات باب إذا لم ينفق الرجل حاشية السندي (٣/٢٨٩)

ط/ الحلبي، نيل الأوطار (٦/٣٢٣)

(٤) المبسوط (٥/١٨٦)، جامع الأمهات لابن الحاجب (ص ٣٣٢)، جواهر

الإكليل (١/٥٧٢)، حاشية الخرشي (٣/١٩١)، الذخيرة (٤/٤٦٥).

يسقطها في قوله: ﴿وَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ﴾^(١).

اختلاف الزوجين في النفقة:

فإذا اختلف الزوجان في الإنفاق عليها وفي تقبيضها نفقتها فقال الرجل أنفقت عليها أو أقبضتها نفقتها وأنكرت المرأة الإنفاق أو القبض فالقول قول المرأة في ذلك لأنها منكرة والقول قول المنكر والأصل معها.

فإن اختلفا في يساره فادعته المرأة ليفرض نفقة المוסر وأنكر الزوج فإن عرف له مال فالقول قولها وإلا فالقول قوله، وهذا قول جمهور الفقهاء وفرق الإمام مالك بين كونه مقيماً معها فالقول قوله فإن كان غائباً فالقول قولها.

وكل من قلنا القول قوله فلخصمه اليمين عليه لأنها دعاوي في المال فأشبهت دعوى الدين ولقول النبي ﷺ ولكن اليمين على المدعي عليه^(٢).

حكم إعسار الزوج بالنفقة.

فإذا أعسر الزوج ولم يستطع النفقة على زوجته فهل يحق لها فراقه أو لا؟ اختلف الفقهاء في ذلك:

فذهب جمهور الفقهاء إلى أن المرأة في هذه الحالة نخيرة بين أمرين إما أن تصبر عليه وإما أن تفارقه، وليست هذه الفرقة فرقة طلاق بل فسخ فلا تحسب من عدد التطليقات، ولا بد فيها من حكم حاكم بها وهو مروى عن كثير من الصحابة.

(١) المحلى لابن حزم (٥٠٩/٩، ٥١٠).

(٢) المغني (٥٨٠/٧، ٥٨١)، الذخيرة (٤٧١/٤)، مغني المحتاج (٤٤٠/٣)، حاشية

الدسوقي (٥٢١/٢).

وذهب أبو حنيفة وصاحباؤه إلى أنها لا تملك فراقه بذلك ولكن عليه أن يرفع يده عنها لتكتسب، ولا يفسخ النكاح لعجزه كما لو كان لها عليه دين.

الأدلة:

واستدل الجمهور على مذهبهم بما يأتي:

(١) قوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكِ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَنٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

وجه الدلالة من الآية:

أن الله تعالى أمر بالإمساك بالمعروف وليس الإمساك مع ترك الإنفاق وعدم القدرة عليه إمساكاً بمعروف فيتعين التسريح إذا رأت المرأة ذلك.

(٢) روى أن رجلاً سأل سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته أيفرق بينهما؟ قال: نعم، قال: سنة؟ قال: نعم^(١) وينصرف إلى سنة النبي ﷺ.

(٣) ولأنه إذا ثبت الفسخ بالعجز عن الوطاء والضرر فيه أقل - لأنه إنما هو فقد لذة وشهوة يقوم البدن بدونها - فلأن يثبت بالعجز عن النفقة التي لا يقوم البدن إلا بها أولى.

استدل أصحاب المذهب الثاني بما يأتي:

(١) بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠].

(١) سنن البيهقي (٤٦٩/٧) كتاب النفقات باب الرجل لا يجد نفقة امرأته، ط/

وجه الدلالة من الآية:

أن الله تعالى ندب إلى الإنظار في حالة الإعسار ولم يحز للزوجة فراق. (٢) ولأنه إذا لم يثبت له الخيار بنشوزها وعجزها عن التمكين فكذلك لا يثبت له الخيار لعجزه عن مقابله وهو النفقة والسكنى.

والراجح ما ذهب إليه الجمهور لقوة أدلتهم.

وأما أدلة الأحناف فتناقش بأن الآية تدل على أن لها الإنظار فإن الأمر فيها للندب، ولأن في حالة النشوز المقصود إعادة الحياة الزوجية إلى طبيعتها من المودة والرحمة، بخلاف العجز عن النفقة فإن الحياة قد لا تسير معه في طريقها الصحيح والله أعلم.

فإذا ثبت إعساره بالنفقة على الإطلاق فهل للمرأة المطالبة بالفسخ من غير إنظار أم يجب إنظاره؟

اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين:

المذهب الأول: المالكية، والشافعية في الأظهر أنه يؤجل فليل يؤجل سنة قياساً على العنين وقال عمر بن عبد العزيز اضربوا له شهراً أو شهرين وقال مالك الشهر ونحوه وقال الشافعي يؤجل ثلاثة أيام.

المذهب الثاني: الإمام أحمد وقول للشافعي أنه لا ينظر ويقضى عليه بالفسخ من غير إنظار.

وذلك لأنه معنى يثبت به الفسخ ولم يرد الشرع بالإنظار فيه فوجب أن يثبت الفسخ في الحال كالرد بالعيب.

ولأن سبب الفسخ الإعسار وقد وجد فلا يلزم التأخير والراجح القول بالإنظار مراعاة للمصلحة وإبقاء للحياة الزوجية ولأن كل واحد معرض

لضائقة مالية فإذا ما أبيع الفسخ مباشرة لأدى ذلك إلى هدم كثير من العلاقات الزوجية^(١).

المطلب الثالث: النزاع بين الزوجين في متاع البيت^(٢)

إذا اختلف الزوجان أو الزوجة والورثة في حالة وفاة الزوج في متاع البيت فإنه يقضى للمرأة بما يعرف أنه للنساء كالحلي وملبوس المرأة مع يمينها، ومحل ذلك إذا لم يكن هذا الشيء في حوزة الرجل فإن كان في حوزة الرجل أو كانت الزوجة فقيرة وما تطلبه يزيد على صداقها فلا يقبل قولها.

فإن لم يكن المتنازع فيه معتاداً للنساء فقط بل كان معتاداً للرجال وللنساء أو للرجال فقط فإن القول قول الزوج بيمينه إلا أن يكون في حوزتها أو الرجل معروفاً بالفقر ويدعى ما لا يملكه عادة، وقال أبو يوسف القول قول المرأة إلى قدر جهاز مثلها في الكل والقول قول الزوج في الباقي وقال زفر يقسم المختلف فيه بينهما نصفين^(٣).

(١) بداية المجتهد (٧٦/٢)، حاشية الدسوقي (٥١٧/٢)، مغني المحتاج (٤٤٤/٣)،

فتح الباري (٤٠٧/٩)، المغني (٥٧٤/٧).

(٢) مواهب الجليل (٥٣٩/٣)، حاشية الدسوقي (٣٣٦/٢)، جواهر الأكليل

(٣٢٥/١)، المدونة (١٨٤/٢، ١٨٣)، البيان والتحصيل (٤٠٣/١٣)،

(٣٣/١٠، ٣٤).

(٣) بدائع الصنائع (١٤٩٦/٣) ما بعدها بتصرف شديد.

وقد ذكر ابن رشد في رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب
الشهادات أن يد الزوج عند ابن القاسم هي المغلبة على يد الزوجة إذا
اختلفا فيما هو متاع الرجال والنساء.

وقد قيل إنها لا يد لها معه فالقول قوله وإن كان ذلك من متاع النساء
والراجح الأول.

والله أعلى وأعلم

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الفصل العاشر التنازع في الدماء

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: في تحريم القتل وتشريع القصاص.

المبحث الثاني: في وسائل إنهاء النزاع في الدماء وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: إنهاء النزاع بالقصاص من القاتل.

(١) المسألة الأولى: إذا عفا ولي الدم عن القصاص ثم قتله بعد العفو.

(٢) المسألة الثانية: هل يجب على القاتل بعد العفو عقوبة؟

(٣) المسألة الثالثة: هل تجب الكفارة في القتل العمد؟

(٤) المسألة الرابعة: عفو المجني عليه في الجناية العمد على النفس.

(٥) المسألة الخامسة: عفو المجني عليه عمداً فيما دون النفس وحكم

السراية وهل تجب الدية؟

(٦) المسألة السادسة: عفو المجني عليه عن الجناية الخطأ عن النفس ومما

دون النفس.

المطلب الثالث: إنهاء النزاع بالعفو على مال الدية.

المطلب الرابع: إنهاء النزاع بالصلح عن القصاص وفيه مسألتان.

(١) المسألة الأولى: الصلح عن القصاص في القتل العمد.

(٢) المسألة الثانية: الصلح عن القصاص في القتل الخطأ.

التنازع في القصاص المبحث الأول: في تحريم القتل وتشريع القصاص

القتل بغير حق حرام، وهو من أكبر الكبائر قال تعالى: ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا وَغَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهِ وَلَعَنَهُ وَأَعَدَّ لَهُ عَذَابًا عَظِيمًا﴾ [النساء: ٩٣].

فدل ذلك على عظم هذه الجريمة، وتحريمها من عند الله عز وجل الذي خلق الإنسان وصوره في أحسن صورة فمن فعل هذه الجريمة فإنما يهدم صنعة الله ولقد نهى الله عن ذلك بقوله ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ﴾ [الإسراء: ٣٣].

وقد قال النبي ﷺ: «لقتل مؤمن أعظم عند الله من زوال الدنيا»^(١). ويقول ﷺ: «اجتنبوا السبع الموبقات قالوا يا رسول الله وما هن؟ قال الشرك بالله والسحر وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات»^(٢). ولا خلاف بين الأمة في تحريم القتل بغير حق وأن من قتل مؤمنًا متعمدًا بغير حق فإنه يستوجب النار إلا أن يتوب^(٣).

(١) وفي الحديث إبراهيم بن مهاجر ليس بالقوي سنن النسائي باب تعظيم الدم (٨٢/٧، ٨٣) عن عبد الله بن عمرو بن العاص.

(٢) صحيح البخاري كتاب الوصايا باب قوله الله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا﴾ (١٠١٧/٣) ط/ بيروت، مسلم كتاب الإيمان باب بيان الكبائر وأكبرها (٩٢/١) ط/ الحلبي.

(٣) شرح فتح القدير (٢٠٥/٧)، الذخيرة (٢٧١/١٢، ٢٧٢)، مغني المحتاج (٣، ٢/٤)، المجموع (٢٦٥/٢٠)، المغني (٦٣٥/٧).

ولشدة عظم هذا الفعل كان أول شيء يقضى بين الناس فيه يوم القيامة فقد روي أن النبي ﷺ قال: «أول ما يقضى بين الناس يوم القيامة في الدماء»^(١).

ولما ينتج عن القتل من المفسد والشرور والتراعات شرع الله القصاص حياة للنفوس، وحفظاً للعلاقات الإنسانية، وإقامة حياة فاضلة على أساس الحق والعدل قال تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَتَأُولَىٰ آلَ لَبِ بْنِ﴾ [البقرة: ١٧٩].

وهذا من الكلام البليغ الوجيز ومعناه أن القصاص إذا أقيم وتحقق الحكم فيه ازدجر من يريد قتل آخر مخافة أن يقتص منه فيحيا بذلك معا وهو أبلغ من قولهم القتل أنفى للقتل^(٢). ويقول تعالى: ﴿يَتَأُولَىٰ الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ﴾ [البقرة: ١٧٨]، والقصاص مأخوذ من قص الأثر وهو اتباعه فكأن القاتل سلك طريقاً من القتل فقص أثره فيها ومشى على سبيله في ذلك؛ وقيل

(١) صحيح البخاري كتاب الديات باب قول الله تعالى: ﴿وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا

مُتَعَمِّدًا﴾ (٢٥١٧/٦)، حديث رقم (٦٤٧١) ط/ بيروت، صحيح مسلم

واللفظ له كتاب القسامة باب المجازاة بالدماء في الآخرة (١٣١١/٣) حديث

رقم (١٦٧٨)، النسائي (٢٣٢/١).

(٢) تفسير القرطبي (٧٤٢/١).

مأخوذ من القص وهو القطع ومنه أخذ القصاص لأنه جرح مثل جرحه أو قتل مثل قتله^(١).

فمعنى القصاص أن يفعل بالجاني مثل ما فعل فإن جرح جرح وإن قطع قطع وإن قتل قتل قال تعالى: ﴿وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥].

وقد وضع الفقهاء شروطاً للقصاص منها ما يرجع إلى القاتل فلا بد أن يكون عاقلاً بالغاً فإن كان مجنوناً أو صبيّاً فلا يجب عليه القصاص لأنه عقوبة وهما ليسا من أهل العقوبة، وأن يكون القاتل متعمداً عمداً محضاً ليس فيه شبهة، وأن يكون القاتل مختاراً وخالف الشافعي وزفر فقالوا إن هذا ليس بشرط فالمكره يقام عليه الحد عندهما.

أما الذي يرجع إلى المقتول فلا بد أن يكون مكافئاً للقاتل فلا يقتل المسلم بالكافر، وألا يكون المقتول جزءاً للقاتل فلا يقتل الأب إذا قتل ولده، وأن يكون المقتول معصوم الدم مطلقاً^(٢) وغير ذلك من الشروط.

(١) تفسير القرطبي (١/٧٣٠، ٧٣١).

(٢) بدائع الصنائع (٧/٢٣٤، ٢٣٥)، مواهب الجليل للحطاب (٦/٢٣٠، ٢٣١)،

الذخيرة (١٢/٢٧٣)، حاشية الدسوقي (٤/٢٣٧، ٢٣٨)، مغني المحتاج

(٤/٣)، المغني (٧/٦٤٨).

المبحث الثاني

وسائل إنهاء النزاع في القصاص وفيه أربعة مطالب

المطلب الأول: إنهاء النزاع بالقصاص في القاتل:

ولما كان القتل من الكبائر العظام لأنه يفتح على المجتمع أبواباً كثيرة من المفسد والشور ويحدث كثيراً من التراعات والخلافات التي تقطع المودة والرحمة بين الناس وتحل محلها البغضاء والعداوة لذلك حرصت الشريعة الإسلامية على إنهاء هذا النزاع في الدماء حتى يعيش المجتمع في سلام وأمان فشرعت القصاص من الجاني.

وقد فرضت على القاتل إذا أراد الولي القتل الاستسلام لأمر الله والانقياد لقصاصه المشروع وقد فرض على الولي الوقوف عند قاتل وليه وترك التعدي إلى غيره كما كانت العرب تتعدى فتقتل غير القاتل فنهى الله عن ذلك^(١) ومنع من الإسراف فقال تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا﴾ [الإسراء: ٣٣]. وقال تعالى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ [البقرة: ١٧٨].

فإذا التزم كل منهما بما فرض عليه كان القصاص سبباً في إنهاء النزاع والخلاف بين أفراد المجتمع^(٢).

(١) تفسير القرطبي (١/٣٧١).

(٢) وكان ذلك سبباً في علاج كثير من مشاكل الثأر التي تحدث في صعيد مصر وما أدى إلى شيوع هذه الحوادث وكثرتها إلا الابتعاد عن منهج الله الحق فلو التزم أولياء المقتول بقتل القاتل وتركوا ذلك إلى القضاء لأنه الذي يثبت

ثم حددت الشريعة الإسلامية من يقوم بهذا الأمر وأن أمر الدماء والقصاص يجب أن يقيمه ولي الأمر دون غيره لأن الله سبحانه خاطب جميع المؤمنين بالقصاص ثم لا يتهياً للمؤمنين جميعاً أن يجتمعوا على القصاص فأقام أولي الأمر مقامهم في إقامة القصاص وغيره من الحدود وليس القصاص بلازم وإنما اللازم ألا يتجاوز القصاص إلى الاعتداء فإذا ما وقع الرضا بدون قصاص من دية أو عفواً فذلك مباح وجائز^(١)، ثم إن ولي الأمر يتثبت أكثر من أولياء المقتول التي تأخذهم الغيرة ولا يستطيعون التفكير الصحيح فقد يقتلون غير القاتل وعلى ذلك فلا يجوز لأحد أن يقتص من أحد حقه دون السلطان، وليس للناس أن يقتص بعضهم من بعض.

المطلب الثاني: إنهاء التراع بالعفو مجاناً عن القاتل:

لقد أجمع أهل العلم على إجازة العفو عن القصاص وأنه أفضل، وأصله قول الله تعالى: ﴿فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ﴾ [المائدة: ٤٥] وقال تعالى: ﴿فَمَنْ عَفَىٰ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبَاعُ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَنٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ﴾ [البقرة: ١٧٨].

والعفو عن القصاص مشروع بل رغب الشارع الحكيم في العفو، لأن الله تعالى خفف به عن الأمة الإسلامية فكان العفو رحمة من الله لعباده بعد أن كان في الأمم السابقة إما القصاص فقط أو العفو فقط فجاء

=

بالأدلة والبيانات لأدى ذلك إلى علاج كثير بل كل هذه المشكلات والخلافات فإنما يتمادى الثأر من قتل غير القاتل أو قتله وقتل غيره.

(١) تفسير القرطبي (١/٧٣١).

الإسلام فجمع بين الحسينين، ولأن القصاص حق كسائر الحقوق فيجوز لمستحقه تركه^(١).

ولما روي عن أنس رضي الله عنه قال: «ما رأيت النبي ﷺ رفع إليه شيء فيه قصاص إلا أمر بالعفو»^(٢).

ولأن استيفاء القصاص لتحقيق معنى الحياة وهذا المعنى يحصل بدون الاستيفاء بالعفو لأن الظاهر أنه إذا عفا لا يطلب الثأر بعد العفو فلا يقصد قتل القاتل ولا يقصد القاتل قتله فيحصل معنى الحياة بدون الاستيفاء فيسقط القصاص لحصول ما شرع له بدونه وهكذا قال الحسن رحمه الله في قوله تعالى: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾ [المائدة: ٣٢] أي أحياها بالعفو وهو التخفيف والرحمة المذكورة في الآية الكريمة^(٣).

وذهب فقهاء المالكية إلى أن العفو يجوز في كل قتل إلا قتل الغيلة وهو القتل لأخذ المال على سبيل المخادعة والحيلة^(٤).

قال في التوضيح الغيلة أن يخدع غيره ليدخله موضعاً ويأخذ ماله.

(١) الهداية (٤/١٦٧).

(٢) سنن أبي داود في الديات باب الإمام يأمر بالعفو في الدم وهو صحيح (٤/١٩٥٢)، نيل الأوطار (٧/١٧٨)، وقال إسناد به، وأخرجه ابن ماجه في سننه في كتاب الديات باب العفو في القصاص (٢/٨٩٨) رقم (٢٦٩٢).

(٣) بدائع الصنائع (٧/٢٤٧) ط/ بيروت.

(٤) مواهب الجليل (٦/٢٣٣)، القوانين الفقهية (ص ٢٩٦).

وقتل الغيلة لا يجوز فيه العفو عندهم لأنه حرابة وفاعله يعتبر محارباً فإن عفا أولياء المقتول فإن الحكم فيه مردود إلى الحاكم إن شاء أجازته وإن شاء رده..

والمحارب إذا قتل وجب قتله ولا يجوز العفو عنه وذلك لأن قتله لدفع الفساد في الأرض فالقتل حينئذ حق الله تعالى فإنه يقتل حداً.

قال تعالى: ﴿ إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُصَلَّبُوا أَوْ تُقَطَّعَ أَيْدِيهِمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خَلْفٍ أَوْ يُنْفَوْا مِنَ الْأَرْضِ ذَلِكَ لَهُمْ جِزْيٌ فِي الدُّنْيَا وَلَهُمْ فِي الْآخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾ [المائدة: ٣٣].

وقد اشترطوا فيه أن يكون القتل على مال فإن كان لعداوة بينهما فلا يكون غيلة ولا يعد فاعله محارباً ويجوز فيه العفو^(١).

المسألة الأولى: إذا عفا ولي الدم عن القصاص ثم قتله بعد العفو: اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين:

المذهب الأول: أن ولي القصاص إذا عفا ثم قتل بعد العفو فإنه يجب عليه القصاص وهو مذهب جمهور الفقهاء.

المذهب الثاني: أنه لا يجب عليه القصاص إذا رجع في عفوه وهو قول بعض الفقهاء كالحسن البصري وغيره.

الأدلة: استدل أصحاب المذهب الأول بما يأتي:

(١) المعونة للقاضي عبد الوهاب (٣/١٣٦٦) ط/ نزار مصطفى البار بمكة،

الذخيرة (١٢/٢٨١)، المدونة (٤/٤٩٧)، المواهب (٦/٢٣٣)، القوانين

(ص ٢٩٦)، المغني (٧/٦٤٩).

(١) قول النبي ﷺ : « لا أعفي من قتل بعد أخذ الدية »^(١).

وجه الدلالة من الحديث:

أن الحديث نص في المدعي فإن النبي ﷺ لم يعف من قتل بعد عفو عن القصاص إلى الدية وهذا يدل على وجوب القصاص عليه.

(٢) الحكمة التي شرع القصاص من أجلها وهي المحافظة على الحياة تقتضي وجوب القصاص على من قتل بعد العفو.

(٣) العموم المستفاد من آيات القصاص فإنها لم تفرق بين شخص وشخص وحال وحال، إلا شخصاً أو حالاً قيد بدليل.

أدلة المذهب الثاني:

(١) قوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ [البقرة: ١٧٨].

وجه الدلالة من الآية:

أن الله تعالى جعل جزاء المعتدي وهو القاتل بعد العفو العذاب الأليم وهو عذاب الآخرة فلو وجب القصاص في الدنيا لصار المذكور بعض الجزاء ولأن القصاص في الدنيا يرفع عذاب الآخرة.

مناقشة أدلة المذهب الثاني:

وقد نوقش هذا بأنه قد قيل في بعض وجوه التأويل في الآية أن العذاب الأليم هو القصاص فإن القتل غاية العذاب الدنيوي في الإيلام، ثم إن الآية تحتمل هذا وتحمل ما قاله أصحاب المذهب الثاني فلا تكون حجة مع

(١) رواه أبو داود كتاب الديات باب من قتل بعد أخذ الدية عن جابر بن عبد الله

وإسناده ضعيف (٤/١٩٣٠) ط/ دار الحديث. أخرجه أحمد في مسنده

(٣/٣٦٣).

الاحتمال فإن الدليل إذا تطرق إليه الاحتمال سقط به الاستدلال كما قال الفقهاء.

فالراجح المذهب الأول لقوة أدلتهم وسلامتها من المعارض^(١).

المسألة الثانية: هل يجب على القاتل بعد العفو عقوبة؟

إذا عفا ولي الدم عن القاتل مطلقاً صح عفوّه حتى ولو لم يرض الجاني لأنه إسقاط لحقه فلا يملك الجاني منعه منه ولأن الإسقاط لا يحتاج إلى القبول، وإذا عفا مطلقاً فليس على القاتل عقوبة بعد ذلك لأنه إنما كان عليه حق واحد وقد أسقطه مستحقه فلم يجب عليه شيء آخر كما لو أسقط الدية عن القاتل خطأ^(٢) وهو مذهب جمهور الفقهاء.

وقد ذهب فقهاء المالكية والليث^(٣) وأهل المدينة إلى أنه إن عفا عنه سقط القتل ولكن يضرب مائة جلدة ويحبس عاماً سواء كان القاتل رجلاً

(١) يراجع في هذه المسألة، بدائع الصنائع (٢٤٧/٧)، الذخيرة (٢٨١/١٢)،

تفسير القرطبي (٧٤١/١)، مغني المحتاج (٥٢/٤)، المغني (٧٤٥/٧)، الإنصاف

في مسائل الخلاف للمرداوي (٨/١٠) ط/ بيروت.

(٢) المغني (٧٤٦/٧).

(٣) أبو الحارث الليث بن سعد بن عبد الرحمن أصله من أصبهان ولد بقلقشندة

قرية بمصر سنة ٩٤هـ. قال عنه الشافعي الليث أفقه من مالك سمع من عطاء

بن أبي رباح وابن شهاب والزهري وقتادة وابن القاسم توفي سنة ١٦٧هـ.

تذكرة الحفاظ للذهبي (٢٢٤/١)، ط/ إحياء التراث العربي، طبقات الفقهاء

للشيرازي (ص ٧٨) ط/ بيروت حلية الأولياء (٣١٨/٧).

أو امرأة مسلماً أو ذمياً حتى ولو كانوا جماعة فقتل واحد منهم قصاصاً فإن على الباقي ضرب مائة جلدة وحبس عام^(١).

وقال أبو ثور ليس على القاتل بعد العفو عنه عقوبة إلا أن يكون معروفاً بالشر فإن كان معروفاً بالشر فيؤدبه الإمام على قدر ما يرى.

الأدلة:

أما الجمهور فقالوا: ظاهر الشرع أن التحديد في ذلك لا يكون إلا بتوقيف ولا توقيف ثابت في ذلك.

أما المالكية فقالوا: إن القصاص حق أولياء المقتول فإن اقتصوا أو أخذوا الدية فقد أخذوا حقهم فإذا عفوا عنه بقى حق المجتمع في ذمة القاتل فإن فعله هذا يعد إفساداً في الأرض قال تعالى: ﴿مَنْ أَجَلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَءِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا﴾ [المائدة: ٣٢].

والراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من أنه لا يجب على القاتل بعد العفو عقوبة حيث لا يدل على ذلك كتاب ولا سنة.

المسألة الثالثة: هل تجب الكفارة في القتل العمد؟

اتفق الفقهاء على وجوب الكفارة في القتل الخطأ^(٢) لورود النص بها

(١) المواهب (٢٣٦/٦)، الذخيرة (٤١٢/١٢، ٤٢١)، القوانين (ص ٢٩٦).

(٢) قال في البدائع: والتحرير أو الصوم في الخطأ إنما وجب شكر للنعمة حيث

سلم له أعز الأشياء إليه في الدنيا وهي الحياة مع جواز المؤاخظة بالقصاص

وكذا ارتفع عنه المؤاخظة في الآخرة مع جواز المؤاخظة وهذا لم يوجد في

العمد، بدائع الصنائع (٢٥١/٧).

قال تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَّةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنَ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَإِنْ كَانَ مِنَ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فَدِيَّةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا﴾ [النساء: ٩٢].

واختلفوا في قتل العمد على مذهبين:

المذهب الأول: أن القتل العمد لا كفارة فيه وإنما الكفارة تكون في القتل الخطأ فقط وهو مذهب الأحناف، والمالكية^(١)، والصحيح عند الحنابلة وابن المنذر^(٢).

المذهب الثاني: أن القتل العمد تجب فيه الكفارة كالقتل الخطأ وهو مذهب الشافعية، ورواية عن الإمام أحمد، وحكى ذلك عن الزهري^(٣).

الأدلة:

استدل أصحاب المذهب الأول بما يأتي:

(١) قول الله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾.

(١) وإن كان الإمام مالك استحسن الكفارة في الجنين وكذلك في قتل العبد والذمي، الذخيرة (٤٣/١٢)، القوانين (ص ٢٩٨).

(٢) بدائع الصنائع (٢٥١/٧)، شرح فتح القدير (٢٠٩/١٠)، الهداية (١٥٨/٤)

الذخيرة. (٤٠٣/١٢)، القوانين (ص ٢٩٨)، المعونة (١٣٥٤/٣)، المغني (٩٦/٨)، الإنصاف (١٣٦/١٠).

(٣) مغني المحتاج (١٠٧/٤)، المغني (٩٦/٨).

وجه الدلالة من الآية:

أن مفهوم قوله تعالى وجوب الكفارة في قتل الخطأ وعدم وجوبها في قتل العمد لأنه ذكره بعد ذلك ولم يذكر فيه كفارة وجعل جزائه جهنم فدل على أنه لا كفارة فيه^(١).

(٢) قول النبي ﷺ «العمد قود كله إلا أن يعفو ولي المقتول»^(٢) فأوجب النبي القود في العمد ولم يوجب كفارة.

(٣) أن القتل العمد كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا تناط بمثله ولأن الكفارة في المقادير وتعينها في الشرع لدفع الأدنى وليس لدفع الأعلى^(٣).

(٤) ما روي أن النبي ﷺ قال: «خمس من الكبائر لا كفارة فيهن وذكر منها القتل العمد»^(٤).

(٥) أنه فعل يوجب القتل فلا يوجب كفارة كزنا المحصن^(٥).

(١) المغني (٩٦/٨)، إثار الإنصاف في مسائل الخلاف لابن الجوزي (ص ٤٠٥).

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه (٩٤/٣)، وابن أبي شيبة في مصنفه (٣٦٥/٩)، نصب الراية (٣٢٧/٤).

(٣) شرح فتح القدير (٢٠٩/١٠)، الهداية (١٥٨/٤).

(٤) رواه الإمام أحمد في مسنده (٣٦٢/٢) مسند أبي هريرة ط/ المكتب الإسلامي.

(٥) المغني (٩٦/٨).

أدلة المذهب الثاني:

(١) حديث واثلة بن الأسقع^(١) قال أتينا النبي ﷺ في صاحب لنا قد استوجب النار بالقتل فقال ﷺ: «اعتقوا عنه رقبة يعتق الله بكل عضو منها عضواً من النار»^(٢).

وجه الدلالة من الحديث:

أن الحديث أثبت الكفارة في القتل العمد لأنه قال صاحب لنا قد استوجب النار بالقتل ولا يستوجب النار إلا في العمد^(٣).

(٢) ولأن الحاجة إلى التكفير في العمد أمس وأحوج منه في الخطأ فكان أدعى إلى إيجابها، ومثله شبه العمد فإنه تجب فيه الكفارة عند الشافعية وعند الأحناف قولان وعند الحنابلة روايتان^(٤).

المناقشة والترجيح:

والرأي الراجح هو القائل بعدم وجوب الكفارة في القتل العمد لأن الله حدد ما يجب في كل منهما ولم يوجب الكفارة في القتل العمد.

(١) واثلة بن الأسقع بن كعب بن عامر من أصحاب الصفة أسلم سنة تسع وشهد غزوة تبوك وفي كنيته أقوال فليل أبو الخطاب وقيل أبو الأسقع وقيل أبو شداد له عدة أحاديث توفي سنة ٨٣هـ وهو ابن مائة وخمس سنين.

سير أعلام النبلاء (٣/٣٨٣، ٣٨٧).

(٢) رواد أبو داود كتاب العتق باب في ثواب العتق، وصححه الحاكم وقال

حديث واثلة صحيح على شرط الشيخين. المستدرک (٢/٢١٢) ط/ بيروت.

(٣) مغني المحتاج (٤/١٠٧).

(٤) بدائع الصنائع (٧/٢٥١) الإنصاف (١٠/١٣٧)، مغني المحتاج (٤/١٠٧).

أما أدلة الشافعية فإن حديث واثلة يحتمل أنه كان خطأ وسماه موجباً أي فوت النفس بالقتل، ويحتمل أنه شبه عمد، ويحتمل أنه أمرهم بالإعتاق تبرعاً لأنه أمر غير القاتل بالإعتاق، وأن كل كبيرة توجب النار لا تجب فيها الكفارة فكان الأمر بالإعتاق استحباباً.

أما قولهم بأنها في العمد أولى فإنه لا يصح لأنها وجبت في الخطأ لمحو إثمه لكونه لا يخلو من تفريط فلا يلزم من ذلك إيجابها في موضع عظم فيه الإثم^(١).

المسألة الرابعة: عفو المجني عليه في الجناية العمد على النفس:

إذا جنى إنسان على آخر فقتله وقبل أن يموت المقتول عفا عنه فهل يعتبر عفوه ويمضي ويسقط القصاص عن القاتل أو لا؟
اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين:

المذهب الأول: أنه يعتبر عفوه ويمضي ذلك وهو مذهب الأحناف والمالكية وأحد قولي الشافعي، ومذهب الحنابلة، وقول الأوزاعي^(٢).

المذهب الثاني: أنه لا يلزم عفوه وللأولياء القصاص، أو العفو، وهو

(١) بدائع الصنائع (٢٥١/٧)، الهداية (٥٨/٤)، العناية والهداية وشرح فتح القدير

(٢٠٩/١٠)، الذخيرة (٤١٨/١٢، ٤١٩)، القوانين (ص ٢٩٨)، المغني (٩٦/٨)،

٩٧)، إثار الإنصاف (ص ٤٠٥)، الإنصاف للمرداوي (١٣٦/١٠، ٣٧).

(٢) بدائع الصنائع (٢٤٨/٧، ٢٤٩)، بداية المجتهد (٣٢٩/٢)، الذخيرة

(٤٠٨/١٢)، شرح فتح القدير (٢٥٢/١٠، ٢٥٣)، مواهب الجليل

(٢٥٥/٦)، مغني المحتاج (٥٠/٤، ٥١)، المجموع (٤٠٢/٢٠)، كشف

القناع (٥٤٦/٥)

القول الآخر للشافعية وقول أبي ثور وداود الظاهري^(١) وقال ابن الحاجب من المالكية إن عليه الدية بناء على أنها تجب للورثة ابتداء^(٢).
الأدلة:

استدل أصحاب المذهب الأول بما يأتي:

(١) قال الأحناف إن عفا المجروح بعد الجرح وقبل الموت جاز العفو استحساناً لا قياساً، فالقياس أنه لا يصح لأن العفو عن القتل يستدعي وجود القتل والفعل لا يصير قتلاً إلا بفوات الحياة عن المحل ولم يوجد، فالعفو لم يصادف محله فلم يصح وإنما جاز ذلك استحساناً لوجهين:

الأول: أن الجرح متى اتصلت به السراية تبين أنه وقع قتلاً من حين وجوده فكان عفواً عن حق ثابت فيصح، ولهذا لو كان الجرح خطأ فكفر بعد الجرح وقبل الموت ثم مات صح التكفير.

الثاني: أن القتل وإن لم يوجد في الحال فقد وجد سببه وهو الجرح المفضي إلى فوات الحياة والسبب المفضي إلى الشيء يقوم مقامه كالنوم مع الحدث^(٣).

(٢) قال المالكية: إنه متى كان للحكم سبب وشرط فأخر عن سببه وشرطه صح إجماعاً أو قدم عليهما بطل إجماعاً فإن توسط بعد السبب وقبل الشرط فقولان للعلماء.

(١) بداية المجتهد (٣٢٩/٢)، شرح منح الجليل (٣٤٦/٤)، مغني المحتاج (٥٠/٤، ٥١).

(٢) شرح منح الجليل (٣٤٦/٤).

(٣) بدائع الصنائع (٢٤٨/٧).

فالقصاص في النفس سببه الجراحة وشرطه الزهوق فالعفو قبلهما لا ينفذ إجماعاً وبعدهما ينفذ إجماعاً من الأولياء، وبعد الجراحة وقبل الزهوق لم يقع الخلاف فيه كما وقع في نظائره بل ينفذ اتفاقاً^(١).
 (٣) أن المراد بقوله تعالى: ﴿فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ﴾ [المائدة: ٤٥].

المراد المقتول يتصدق بدمه على قاتله^(٢).

واستدل أصحاب المذهب الثاني بما يأتي:

(١) أنه قبل الموت وبعد الجرح لم يجب القصاص حينئذ فإذا لم يجب فلا يجوز العفو لأنه إسقاط شيء قبل وجوبه، ولا يجوز إسقاط شيء قبل وجوبه.

(٢) أن الله تعالى خير الولي في ثلاث إما القصاص، أو الدية، أو العفو وذلك عام في كل مقتول سواء عفا عن دمه قبل الموت، أو لم يعف^(٣).
 والراجح المذهب الأول لقوة أدلتهم وحجة الأحناف ترد ما قاله أصحاب المذهب الثاني.
 والله أعلم

(١) الذخيرة (٣٧٩/٧).

(٢) بداية المجتهد (٣٢٩)، تفسير القرطبي (٧٣٩/١).

(٣) بداية المجتهد (٣٢٩/٢).

المسألة الخامسة: عفو المجني عليه عمداً فيما دون النفس وحكم السراية:

فإذا جاز للمقتول أن يعفو عن قاتله عمداً إذا أنفذ مقاتله وقبل أن يفارق الحياة.

فكذلك يجوز للمجني عليه عمداً فيما دون النفس أن يعفو عن الجاني فإذا قال المجني عليه عفوت عن القطع، أو الجراحة، أو الشجة، أو الضربة، فإن برئ من ذلك فإن عفوه يصح عند الفقهاء وذلك لأن العفو وقع عن أمر ثابت وهو الجراحة أو موجبها وهو الأرش^(١) فيصح العفو ولا قصاص ولا دية على الجاني لأن المجني عليه عفا عنه كما لو أذن في إتلاف ماله فلا ضمان بإتلافه^(٢).

فإذا جنى عليه فيما دون النفس جناية تستحق القصاص عمداً بأن قطع يده فعفا المجني عليه عن القصاص ثم سرت الجناية إلى النفس فمات فهل يجوز للأولياء المطالبة بالقصاص؟

(١) وقال المزني لا يصح العفو عن الأرش لأنه أسقطه قبل وجوبه بدليل أنه لا يملك المطالبة به قبل الإندمال، وهذا خطأ لأنه وجب بالجراحة فصح إسقاطه وأما المطالبة به فإنه يملك المطالبة به في أحد قولين ولا يملكه في الآخر فيكون كالدين المؤجل يصح إسقاطه قبل محل دفعه.

المجموع (٤٠٦/٢٠)، روضة الطالبين (٢٤٣/٩)، مغني المحتاج (٥١/٤).

(٢) بدائع الصنائع (٢٤٢/٧)، القوانين الفقهية (ص ٢٩٧)، تكملة المجموع

(٤٠٦/٢٠)، روضة الطالبين (٢٤٢/٩)، مغني المحتاج (٥٠/٤).

وفي هذه الحالة إما أن يقول المجني عليه عفوت عن الجناية أو الجراحة ولم يذكر ما تؤول إليه، وإما أن يقول عفوت عن الجناية والجراحة وما تؤول إليه أو ما يحدث منها.

(الحالة الأولى)

فإن قال المجني عليه عفوت عن الجناية أو الجراحة ولم يذكر ما تؤول إليه فسرى الجرح إلى النفس فقد اختلف الفقهاء في وجوب القصاص في النفس على مذهبين:

المذهب الأول: أن عفوه صحيح ولا قصاص على الجاني، وذلك لأن المجني عليه قد عفا عن حقه وهو مذهب جمهور الفقهاء من الأحناف والشافعية والحنابلة^(١).

المذهب الثاني: وجوب القصاص في النفس وهو مذهب المالكية وبعض الشافعية^(٢).

أدلة الجمهور:

استدل الجمهور بما يأتي:

أنه يتعذر استيفاء القصاص في النفس دون ما عفا عنه فيسقط في النفس كما لو عفا بعض الأولياء فإن القصاص يسقط لأنه لا يتجزأ

(١) الهداية (١٧١/٤)، بدائع الصنائع (٢٤٩/٧)، المجموع (٤٠٦/٢٠)، روضة الطالبين (٢٤٥/٩)، المغني (٧٤٨/٧)، كشف القناع (٥٤٥/٥)، الإنصاف للمرداوي (٨/١٠).

(٢) مواهب الجليل (٢٥٥/٦، ٢٥٦)، بداية المجتهد (٣٢٩/٢)، المجموع (٤٠٦/٢٠) روضة الطالبين (٢٤٣/٩).

أدلة المالكية

(١) لأنه عفا عن جناية ما دون النفس وقد صارت نفساً ولم يعف عنها فيبقى حق الأولياء في القصاص.

قال في المواهب: (وإن قال عفوت فقط فإنه محمول على أنه عفا عما وجب له في الحال)^(١).

والراجح مذهب الجمهور لعدم تجزأ القصاص.

وهل تجب الدية في هذه الحالة؟

ذهب أبو حنيفة رحمته الله إلى أن الدية تجب في ماله، ووجوب الدية عند أبي حنيفة استحساناً وليس قياساً لأن القياس أن يجب عليه القصاص، وجه قول أبي حنيفة رحمته الله :

(١) أنه عفا عن غير حقه فإن حقه في موجب الجناية لا في عينها لأن عينها عرض لا يتصور بقاؤها فلا يتصور العفو عنها، ولأن عينها جناية والجناية لا تكون حق المجني عليه فكان هذا عفواً عن موجب الجراحة وبالسراية تبين أنه لا موجب بهذه الجراحة لأن عند السراية يجب موجب القتل بالإجماع وهو القصاص إن كان عمداً والدية إن كان خطأ ولا يجب الأرش وقطع اليد مع موجب القتل لأن الجمع بينهما غير مشروع.

(٢) أن القياس أن يجب القصاص لوجود القتل العمد وعدم ما يسقطه إلا أنه سقط للشبهة فتجب الدية وتكون في ماله لأنها وجبت بالقتل العمد والعاقلة لا تعقل العمد، وهو ظاهر مذهب الإمام أحمد، واختاره المزني من الشافعية وكل من قال بعدم سقوط القصاص.

(١) مواهب الجليل (٦/٢٥٥، ٢٥٦).

وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن، والأظهر في المذهب الشافعي أنه لا تجب الدية.

وهو مبني على القول بأن موجب العمد القود فإن قلنا أن الموجب أحد أمرين ففي بقاء الدية احتمالان للرويان.

واحتج أبو يوسف ومحمد بأن السراية أثر الجراحة والعفو عن الشيء يكون عفواً عن أثره كما إذا قال عفوت عن الجراحة وما يحدث منها، ولأن اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فيكون العفو عن القطع عفواً عن نوعيه وصار كما إذا عفا عن الجناية فإنه يتناول السارية والمقتصرة^(١).
وحيث قلنا بعدم الدية وجبت الكفارة على الأصح ولا تؤثر فيها الإباحة، وقيل تسقط تبعاً^(٢).

وذهب الثوري إلى أنه يلزم من الدية ما بقى منها بعد إسقاط دية الجرح الذي عفا عنه^(٣).

أما الأرش^(٤) فقد عفا عن أرش الأصبع بعد وجوبه فإن قال عفوت عن قود هذه الجناية وديتها أو قال أبرأته من أرشها ففيه قولان:

(١) بدائع الصنائع (٢٤٩/٧)، شرح فتح القدير (٢٥١/١٠، ٢٥٢)، الهداية

(٤/١٧١)، بداية المجتهد (٣٣٠/٢)، كشف القناع (٥٤٥/٥)، المغني (٧٤٨/٧).

(٢) المجموع (٤٠٧/٢٠)، روضة الطالبين (٢٤٣/٩).

(٣) بداية المجتهد (٣٣٠/٢).

(٤) الأرش يطلق غالباً على المال الواجب في الجناية على ما دون النفس فهو أخص

من الدية بهذا المعنى لأن الدية تشمل المال المؤدي مقابل النفس وما دون

النفس، تكملة فتح القدير (٢٠٤/٩)، اللباب شرح الكتاب (٤٤/٣).

أحدهما: حكمة حكم الوصية يخرج من الثلث.

ثانيهما: ليس بوصية لأن الوصية هي ما تكون بعد الموت وهذا إسقاط في حالة الحياة فعلى هذا يصح الإبراء عن أرش الأصبع ويجب عليه تسعة أعشار دية النفس لأنه لم يبرأ منها.

خلافًا للمزني الذي قال لا يجوز العفو عن الأرش مطلقًا وقد سبق الرد عليه^(١). ورأي أبي حنيفة ومن معه في وجوب الدية أحوط^(٢).

الحالة الثانية:

فإن قال عفوت عن الجناية أو الجراحة وما تؤول إليه أو ما يحدث منها فسرى الجرح إلى النفس صح هذا العفو بالإجماع ولا شيء على القاتل لأن لفظ الجناية يتناول القتل وكذا لفظ الجراحة وما يحدث منها فكان ذلك عفوًا عن القتل فيصح^(٣) وذلك لأنه إسقاط للحق بعد انعقاد سببه ولا يضمن الجاني السراية للعفو عنها وهو قول جميع الفقهاء^(٤).

(١) المجموع (٤٠٧/٢٠)، روضة الطالبين (٢٤٣/٩)، المغني (٧٤٨/٧).

(٢) إيثار الإنصاف في آثار الخلاف لابن الجوزي الحنفي (ص ٣٩٤).

(٣) وقال أصحاب الشافعي إن قال: عفوت عن الجناية أو الجراحة وما يحدث منها فإن القود يسقط في الأصبع والنفس لأن العفو يصح عن القصاص الذي لم يجب بدليل أنه لو قال لرجل اقتلني ولا شيء عليك فقتله لم يجب عليه قصاص للإذن فيه وهو ضعيف لأنه إسقاط لشيء لم يجب. المجموع (٤٠٧/٢٠)، روضة الطالبين (٢٤٣/٩)، مغني المحتاج (٥٠/٤، ٥١).

(٤) بدائع الصنائع (٢٤٩/٧)، شرح فتح القدير (١٥١/١٠، ١٥٢)، الهداية

(١٧١/٤)، مواهب الجليل (٢٥٥/٦، ٢٥٦)، الذخيرة (٤١٤/١٢)، المجموع

وهل على الجاني شيء آخر؟

ذهب الإمام أبو حنيفة إلى أن الجاني عليه الدية كاملة في ماله كما إذا عفا عن الجناية أو الجراحة فقط ولم يذكر ما يحدث منها لأتبعه عنده سواء والدية تكون في ماله وليس على العاقلة شيء، لأن العاقلة لا تعقل العمد وحجته ما سبق ذكره فيما إذا عفى المجني عليه عن الجناية أو الجراحة فقط ولم يذكر ما يحدث منها^(١).

وذهب الصحابان والإمام مالك، وظاهر مذهب الإمام أحمد، والأوزاعي، وقتادة أنه ليس عليه شيء؛ لأن العفو تناول الجراحة وما يحدث منها فهو عفو عن السراية^(٢).

وأما أصحاب الإمام الشافعي، وقول عن الإمام أحمد فقالوا: وأما الأرش فإن كان بلفظ الوصية بأن قال أوصيت له بأرش الجناية وأرش ما يحدث منها فإنه يبنى على القولين في الوصية للقاتل فإن صححناها صحت ولا شيء على القاتل حينئذ. فإن قلنا لا تصح الوصية للقاتل وجبت جميع الدية.

(٢٠/٤٠٧)، روضة الطالبين (٩/٢٤٣)، مغني المحتاج (٤/٥١)، المغني

(٧/٧٥٠)، كشف القناع (٥/٥٤٥)، الإنصاف (١٠/١٠)، (١١).

(١) شرح فتح القدير (١٠/٢٥١)، الهداية (٤/١٧١).

(٢) شرح فتح القدير (١٠/٢٥١)، مواهب الجليل (٦/٢٥٥)، الذخيرة

(١٢/٤١٤)، المغني (٧/٧٥٠)، الإنصاف (١٠/١٠).

فإن كان العفو بلفظ الإبراء فقال أبرأتك عن الجناية وأرشد ما يحدث منها، فإن قلنا إن حكم الإبراء حكم الوصية فيأتي فيه القولان في الوصية للقاتل.

وإن قلنا إن حكم الإبراء ليس كالوصية صحت البراءة في دية الأصبع لأنها إبراء عنها بعد الوجوب، ولم تصح البراءة فيما زاد على دية الأصبع لأنه إبراء عنها قبل الوجوب^(١).

المسألة السادسة: عفو المجني عليه عن الجناية الخطأ

الجناية الخطأ إما أن تكون على النفس فتوجب الدية، أو على الطرف ثم تسري إلى النفس.

فإذا جنى عليه جناية خطأ فنفذت إلى مقاتله ثم قبل أن يموت عفى عن المجني عليه.

فإن جمهور الفقهاء قالوا: إن عفو صح ما دام في ثلث ماله فإن كانت الدية أكثر من الثلث فإنه لا يجوز إلا أن يجيزه الورثة فهو عفو موقوف على إجازة الورثة.

(١) وحكى ابن الصباغ في صحة براءته من أرشد ما زاد عن دية الأصبع قولان من غير بناء على حكم الوصية أحدهما لا تصح البراءة لأنه إبراء عما لم يجب فأشبهه إذا عفى عما يتولد من الجناية فسرت إلى الكف، والثاني: تصح لأن الجناية على الطرف جناية على النفس لأن النفس لا تباشر بالجناية وإنما يجني على أطرافها فإذا عفى بعد الجناية عليها صح. المجموع (٤٠٧/٢٠، ٤٠٨)، الروضة (٢٤٣/٩)، الإنصاف (١١/١٠).

وذهب بعض الفقهاء^(١) إلى أنه لا دخل للورثة في ذلك فيجوز عفوهم في جميع ماله.

وحجة المذهب الأول:

أنه يعتبر واهباً مالياً له بعد موته فلم يجوز إلا في الثلث قياساً على الوصية وكسائر العطايا في مرض الموت.

وحجة المذهب الثاني:

أنه إذا كان له أن يعفو عن الدم فهو أحرى أن يعفو عن المال. ويناقش بما يأتي:

أن المال حق للورثة فلا يجوز العفو عنه فيما زاد عن الثلث إلا بإذهم والراجح مذهب الجمهور لقوة أدلتهم^(٢).

وقال الحنابلة إن إبراء الجاني والمجني عليه من الدية في الجناية الخطأ لم يصح الإبراء وذلك لأنه إبراء من حق على غيره لأن دية الخطأ تجب على العاقلة^(٣) والدية الواجبة على العاقلة غير واجبة على القاتل فإن أبرأ العاقلة صح الإبراء لأنه أبرأهم من حق عليهم كالدين الواجب عليهم.

(١) كطاوس والحسن البصري.

(٢) بدائع الصنائع (٢٤٩/٧)، الهداية (١٥٨/٤)، بداية المجتهد (٣٢٩/٢)،

الفواكه الدواني للنفاوي (٢٥٥/٢، ٢٥٦)، روضة الطالبين (٢٤٥/٩)،

كشف القناع (٥٤٦/٥).

(٣) والحكمة في وجوب دية الخطأ على العاقلة أن الأصل أن الدية تجب على

القاتل نفسه لأن سبب الوجوب هو القتل وقد وجد من القاتل فتجب عليه

الدية في الخطأ كما وجب عليه القصاص في العمد ولا يؤخذ أحد بفعله لقوله

وخرجه الشافعية على القولين في دية الخطأ هل هي واجبة على القاتل ابتداء ثم تتحملها العاقلة أم أنها تجب على العاقلة ابتداءً أصحهما الأول لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطْئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَّةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ﴾ [النساء: ٩٢]، ومعناه فليحرر رقبة وليؤد الدية وهذا خطاب للقاتل لا العاقلة.

وعليه فيجوز إبراء المجني عليه للجاني من الدية إذا كانت في ثلث ماله^(١).

تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ [الأنعام: ١٦٤] أي لا تحمل نفس ذنب نفس أخرى ولا تتحمل العاقلة ضمان الأموال ولا دية العمد إذا عفى الأولياء عن القصاص إلى الدية، ولكن ترك هذا الأصل في دية الخطأ بنص حديث النبي ﷺ الذي يرويه أبو هريرة رضي الله عنه قال: اقتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها ف قضى رسول الله ﷺ بدية المرأة على عاقلتها أي على عاقلة القاتلة. فتح الباري (٢٥٢/١٢)، ط/ السلفية، صحيح مسلم (١٣١٠/٣) ط/ الحلبي.

ثم إجماع الصحابة رضوان الله عليهم على ذلك، والحكمة في ذلك أن جنایات الخطأ تكثر والدية كثيرة وإيجابها على الجاني في ماله إجحاف به فاقتضت الحكمة إيجابها على العاقلة على سبيل المواساة للقاتل والإعانة له تخفيفاً عليه.

بدائع الصنائع (٢٥٥/٧)، الذخيرة (٣٩١/١٢)، كشف القناع (٦/٦)، وهل يدخل القاتل مع العاقلة في التحمل: خلاف فيدخل عند الأحناف والمالكية.

بدائع (٢٥٥/٧)، الذخيرة (٣٩١/١٢).

(١) روضة الطالبين (٢٤٥/٩، ٣٥٧)، كشف القناع (٥٤٦/٥، ٥٤٧).

فإن جرحه خطأ فعفى عنه فإن برئ من ذلك الجرح واندمل الجرح صح العفو بالإجماع ولا شيء على القاطع سواء كان هذا بلفظ الجناية أو الجراحة ذكر ما يحدث منها أو لم يذكر وذلك لأن العفو وقع عن ثابت وهو الجراحة أو موجبها وهو الأرش فيصح^(١).

فإن لم يبرأ من ذلك بل سرى الجرح إلى النفس فهل يعتبر عفو عن الدية أم لا؟

إن كان ذلك بلفظ الجناية أو الجراحة وما يحدث منها فإن عفوه هذا صحيح لأن لفظ الجناية يتناول القتل وكذلك الجراحة وما يحدث منها فيكون ذلك عفواً عن النفس، والجمهور على جوازه خلافاً للإمام مالك وقد سبق الكلام عليه.

فإن كان العفو في حال صحة المجروح بأن كان يذهب ويحيى ولم يصير صاحب فراش يعتبر من جميع ماله^(٢).

وإن كان صاحب فراش يعتبر عفوه من ثلث ماله لأن العفو تبرع منه وتبرع المريض مرض الموت يعتبر من ثلث ماله، فإن كان قدر الدية يخرج من الثلث سقط ذلك القدر عن العاقلة وذلك لأن الخطأ موجب المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث، وإن كانت الدية أكثر من الثلث

(١) بدائع الصنائع (٢٤٩/٧).

(٢) المرجع السابق.

فيسقط الثلث ويؤخذ من العاقلة الباقي والقول بخروجها من الثلث قول جمهور الفقهاء^(١).

وعلق الشافعية، والحنابلة عفوه عن الجاني على قولين في المذهب وهما هل الدية على الجاني ابتداء ثم تتحملها العاقلة، أم أنها تجب على العاقلة، ابتداء.

فإذا قال عفوت عن العاقلة، أو أسقطت الدية عنهم، أو قال عفوت عن الدية، فهذا تبرع على غير القاتل فينفذ إذا وفي الثلث به ويبرءون سواء جعلناهم متأصلين أم متحملين.

فإن قال للجاني عفوت عنك بني على القولين الأولين أحدهما لم يصح لأن الدية في الخطأ إنما تجب على العاقلة.

والثاني يصح إذا قلنا إن الدية تجب عليه ابتداء ثم تتحملها العاقلة معه للمواساة. والأرجح الأول لأنه بمجرد الوجوب ينتقل عنه فيصادفه العفو ولا شيء عليه^(٢).

فإن كان العفو بلفظ عفوت عن الجراحة ولم يذكر ما يحدث منها فسرى الجرح إلى النفس لم يصح العفو وتجب الدية على العاقلة عند أبي حنيفة رحمته الله وعند أبي يوسف، ومحمد يصح العفو، ولا يجب عليه شيء لأن

(١) بدائع الصنائع (٢٤٩/٧)، شرح فتح القدير (٢٥٣/١٠، ٢٥٤)، الهداية

(١٧١/٤) بداية المجتهد (٣٢٩/٢)، الذخيرة (٢٨٣/١٢)، روضة الطالبين

(٢٤٥/٩)، القوانين الفقهية (ص ٢٩٧)، المغني (٧٥٠/٧)، كشف القناع

(٥٤٥/٥).

(٢) روضة الطالبين (٢٤٥/٩)، كشف القناع (٥٤٥/٥، ٥٤٦).

قوله هذا كقوله عفوت عن الجناية، أو الجراحة، وما يحدث منها وقد سبق الكلام على حجة كل منهم^(١).

المطلب الثالث: إنهاء التراع في القصاص بالعفو على مال الدية.

العفو عن القصاص قد يكون عفواً مطلقاً مجانياً وقد يكون عفواً عن القصاص إلى الدية فإذا عفى ولي الدم عن القصاص إلى الدية هل له ذلك ولو لم يرض الجاني بدفع الدية أم لا بد من رضا الجاني؟

وقبل الإجابة على هذا السؤال يجب أن نوضح أن الفقهاء قد اختلفوا في موجب القتل العمد على مذهبين:

المذهب الأول: أن الواجب في قتل النفس عمداً^(٢) هو القصاص عينا حتى أن ولي الدم لا يملك أن يعفو عن القصاص إلى الدية إلا برضا القاتل فإذا لم يرض الجاني بدفع الدية لم يكن للولي إلا أن يقتص أو يعفو مجانياً وهو مذهب الأحناف والمشهور من مذهب المالكية، والثوري، والأوزاعي؛ وقول عند الحنابلة^(٣).

(١) بدائع الصنائع (٢٤٩/٧).

(٢) والعمد ما قصد به إتلاف النفس وكان بما يقتل غالباً من محدد أو مطلق، أو بإصابة المقاتل كأن يهدم عليه بنياناً، أو يغرقه، أو يحرقه، أو يمنع من الطعام والشراب، يراجع في ذلك بدائع الصنائع (٢٣٣/٧)، شرح فتح القدير (٢٠٥/١٠)، الذخيرة (٢٧٩/١٢)، المجموع (٢٧٠/٢٠)، مغني المحتاج (٣/٤)، المغني (٦٣٩/٧)، الهداية (١٥٨/٤).

(٣) بدائع الصنائع (٢٤١/٧)، شرح فتح القدير (٢٠٧/١٠)، الهداية (١٥٨/٤)، بداية المجتهد (٣٢٨/٢)، القوانين الفقهية (ص ٢٩٦)، مواهب الجليل (٢٣٤/٦)، الذخيرة (٤١٣/١٢)، المعونة (١٣٠٧/٣)، الإنصاف (٣/١٠).

المذهب الثاني: أن الواجب بقتل النفس عمداً إما القصاص أو الدية فإن الولي مخير بين أن يقتص أو يأخذ الدية أو يعفو إلى غير شيء ولا يشترط رضا الجاني بذلك وإنما الخيرة للولي فإن الواجب في القتل العمد أحدهما لا بعينه فللولي خيار التعيين وهو مذهب الحنابلة وقول عند الشافعية^(١) وأشهب من المالكية^(٢).

ط/ بيروت واستثنى من ذلك مسائل منها: إذا عفى بعض أولياء الدم عن القصاص فنصيب من لم يعف في مال الجاني قاله ابن القاسم إذ لا سبيل لتبعض الدم، وقد قال بعض أهل المدينة يجوز أخذ النفس ببعض النفس بدليل قتل الجماعة بالواحد. وأيضاً إذا جرح العبد عبداً مثله أو قتله فإن لسيد المجروح أو المقتول أن يقتص له وله أن يختار أخذ العبد الجاني فإن اختار القصاص فلا أشكال وإن استخيا العبد الجاني خير سيده في فدائه بدية الحر أو بقيمة العبد. مواهب الجليل (٢٣٤/٦)، الذخيرة (٤١٣/١٢)، المدونة (٥٠٠/٤)، المغني (٧٤٣/٧).

(١) وأظهر القولين عند الشافعية أن الواجب في القتل العمد القصاص عينا وإن الدية بدل عنه عند سقوطه وهل الدية بدل عن القود أو بدل عن النفس قال الماوردي هي بدل عن النفس لا عن القود بدليل أن المرأة لو قتلت رجلاً وجب عليها دية الرجل، فلو كانت بدلاً عن القود وجب عليها دية المرأة، وجمع بعضهم بأن القود بدل عن نفس المجني عليه وبديل البدل بدل وعلى هذا الرأي يجوز للولي العفو عن القصاص إلى الدية بغير رضا الجاني. المجموع (٣٩٧/٢٠)، مغني المحتاج (٨٤/٤)، روضة الطالبين (٢٣٩/٩).

(٢) المغني (٧٥٢/٧)، الإنصاف (٣/١٠، ٤)، المجموع (٣٩٧/٢٠)، مغني المحتاج (٤٨/٤)، المواهب (٢٣٤/٦)، الذخيرة (٤١٣/١٢).

الأدلة:

استدل أصحاب المذهب الأول بما يأتي:

(١) قوله تعالى: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي
الَّذِينَ قُتِلُوا﴾ [البقرة: ١٧٨].

وجه الدلالة من الآية:

أن الآية تفيد تعيين القصاص موجباً ويبطل مذهب الإيهام جميعاً وذلك
لأنه أخبر عن كون القصاص واجباً فيصدق القول عليه بأنه واجب ولو
كان عليه أحد حقين لا يصدق القول على أحدهما بأنه واجب وبذلك
يبطل القول بالبدلية فإنه إذا وجب القصاص على الإشارة إليه بطل القول
بوجوب الدية بضرورة النص لأنه لا يقابل بالجمع بينهما فيبطل القول
باختيار الدية من غير رضا القاتل^(١).

(٢) قول النبي ﷺ «العمد قود»^(٢).

وجه الدلالة:

أن النبي ﷺ أثبت القصاص في قتل العمد فلا يكون غيره إلا إذا رضي
القاتل، ولو لم يكن في الحديث تقييد بالقصاص في العمد لم يكن القود
موجب العمد فقط فلا يكون لذكر لفظ العمد فائدة^(٣).

(١) بدائع الصنائع (٢٤١/٧)، شرح فتح القدير (٢٠٦/١٠، ٢٠٧)، الذخيرة

(٢/١٢)، المجموع (٣٩٧/٢٠).

(٢) سبق تخريجه (ص ٥٢٢).

(٣) العناية على شرح فتح القدير (٢٠٦/١٠)، بدائع الصنائع (٢٤١/٧)، الهداية

(٤/١٥٨)، مغني المحتاج (٤/٤٨)، المغني (٧٥٢/٧).

(٣) قول النبي ﷺ : « كتاب الله القصاص »^(١).

وجه الدلالة من الحديث:

علم من دليل الخطاب أنه ليس له إلا القصاص ولم يخير الولي بين القصاص والدية فثبت بذلك أن الذي يجب عليه بكتاب الله وسنة رسوله ﷺ في العمد القصاص^(٢).

(٤) أن القصاص إذا كان عين حقه كانت الدية بدل حقه وليس لصاحب الحق أن يعدل من الحق إلى بدله من غير رضا من عليه الحق^(٣).

(٥) أن ضمان العدوان مقيد بالمثل والقصاص هو القتل الثاني مثل القتل الأول لأنه ينوب مناب الأول، ويسد مسده ومثل الشيء غير الذي ينوب منابه وأخذ المال لا يسد مسد القتل فلا يكون مثلاً له فلا يصلح ضماناً للقتل العمد وكان ينبغي ألا يجب أصلاً إلا أن المال في قتل الخطأ ثبت شرعاً تخفيفاً على الخاطئ، والعامد لا يستحق التخفيف والصيانة فبقي ضماناً أصلياً في الباب^(٤).

(٦) ولأنه متلف يجب به البذل فكان بدله معيناً كسائر أبدال المتلفات^(٥).

واستدل أصحاب المذهب الثاني بما يأتي:

(١) صحيح البخاري (٧٧٧/٨)، مسلم (١٣٠٢/٣) من حديث أنس.

(٢) بداية المجتهد (٣٢٨/٢)، تفسير القرطبي (٧٣٨/١).

(٣) بدائع الصنائع (٢٤١/٧).

(٤) بدائع الصنائع (٢٤١/٧)، شرح فتح القدير (٢٠٦/١٠).

(٥) المغني (٧٥١/٧).

(١) قوله تعالى: ﴿فَمَنْ عَفَىٰ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَّاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَنٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ﴾ [البقرة: ١٧٨].

وجه الدلالة من الآية:

والمعنى أنه إذا رضي الأولياء بالدية فلا خيار للقاتل بل تلزمه فقد أوجب الله تعالى على القاتل أداء الدية إلى الولي مطلقاً عن شرط الرضا لأن أداء الدية صيانة للنفس عن الهلاك وهو واجب قال تعالى: ﴿وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾ [البقرة: ١٩٥] ^(١).

(٢) ما روي أن النبي ﷺ قال: «من قتل له قتيلاً فهو بخير النظرين إما أن يودي وإما أن يقاد» ^(٢).

وجه الدلالة من الحديث:

أن النبي ﷺ خير الولي بين القود والدية ولو كان الواجب أحدهما معيناً لم يخيره النبي ﷺ ولم يشترط في الحديث رضا الجاني فخيرهم بين القصاص والدية فعلم أنهما سواء في الوجوب ^(٣).

(١) يراجع بدائع الصنائع (٢٤١/٧)، تفسير القرطبي (٧٣٩/١)، المجموع (٣٩٧/٢٠)، المغني (٧٥٢/٧).

(٢) صحيح البخاري كتاب الديات باب من قتل له قتيلاً فهو بخير النظرين، (٣٨/٨)، مسلم في الحج باب تحريم مكة وصيدها (٩٨٩/٢).

(٣) بداية المجتهد (٣٢٨/٢)، المجموع (٣٩٧/٢٠)، المغني (٧٥٢/٧).

(٣) أن الدية أحد بدلي النفس فكانت بدلاً عنها لا عن بدلها كالقصاص^(١).

(٤) أن ضمان القتل يجب حقاً للمقتول لأن الجناية وردت على حقه فكان الواجب بها حقاً له وحق العبد ما ينتفع به، والمقتول لا ينتفع بالقصاص، وينتفع بالمال لأنه تقضى منه ديونه وتنفذ منه وصاياه وكان ينبغي ألا يشرع القصاص أصلاً إلا أنه شرع لحكمة الزجر لأن الإنسان لا يمتنع من قتل غيره خوفاً من لزوم المال فشرع ضماناً زاجراً، وكان ينبغي أن يجمع بينهما إلا أنه تعذر الجمع لأن الدية بدل النفس وفي القصاص معنى البدلية وهذا لا يجوز فخير بينهما^(٢).

(٥) ولأن الجاني محكوم عليه فلا يعتبر رضاه كالمحال عليه والمضمون عنه^(٣).

(٦) أن القاتل أمكنه إحياء نفسه ببذل الدية فلزمه^(٤).

(٧) أنه قود سقط بالعفو فوجب أن تثبت الدية فيه أصله إذا عفى بعض الأولياء، ثم إن للنفس بدلين القود والدية فلا يحق لولي الدم الاقتصار

(١) المغني (٧/٧٥٢).

(٢) بدائع الصنائع (٧/٢٤١)، شرح فتح القدير (١٠/٢٠٧).

(٣) مغني المحتاج (٤/٤٨).

(٤) الذخيرة (١٢/٤١٣)، بداية المجتهد (٢/٣٢٨)، شرح فتح القدير

(١٠/٢٠٧)، المغني (٧/٧٥٢).

على أحدهما كما لو قتل له عبد لكان مخيراً إن شاء قتل له قاتله وإن شاء استرقه^(١).

المناقشة والترحيع:

بعد عرض المذاهب والأدلة أرى والله أعلم رجحان المذهب الثاني القائل بأن ولي الدم مخير بين ثلاثة أشياء إن شاء اقتص وإن شاء أخذ الدية وإن شاء عفى ولا شيء له ولا خيرة للجاني في ذلك فلا يشترط رضاه وذلك لقوة أدلتهم.

قال ابن رشد فالمصير إلى الحديث الثاني وهو التخيير بين القصاص والدية واجب، والمولى عز وجل يقول: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]. وإذا عرض على المكلف فداء نفسه بمال فوجب عليه أن يفديها، أصله إذا وجد الطعام في مخمصة بقيمة مثله وعنده ما يشتريه به فإنه يقضى عليه بشرائه فكيف بشراء نفسه^(٢). فهذا وغيره^(٣) يدل على رجحان هذا القول.

(١) المعونة للقاضي عبد الوهاب (١٣٠٧/٣).

(٢) بداية المجتهد (٣٢٨/٢).

(٣) من ذلك ما رواه الربيع عن الشافعي قال أخبرني أبو حنيفة بن سماك بن الفضل الشهابي قال حدثني ابن أبي ذئب عن أبي شريح الكعبي أن رسول الله ﷺ قال: «من قتل له قتيلاً فهو بخير النظرين إن أحب أخذ العقل وإن أحب فله القود» فقال أبو حنيفة فقلت لابن أبي ذئب أتأخذ بهذا يا أبا الحارث؟ ف ضرب صدري وصاح علي صياحاً كثيراً ونال مني وقال أحدثك عن رسول الله ﷺ وتقول تأخذ به؟ نعم أخذ به وذلك الفرض علي وعلى من سمعه، إن الله عز وجل ثناؤه اختار محمداً ﷺ من الناس فهداهم به وعلى يديه واختار

أما أدلة المذهب الأول: فإن الآية لا تدل إلا على ثبوت القصاص ولا تدل على تعيينه بدليل أن الآية لم تذكر العمد فهل يجب القصاص في كل قتل؟ والحديث الذي استدلوا به يثبت وجود القود والجميع يقول به ولكنه لا ينفي الحق في العفو إلى الدية وقد أثبتتها الأدلة الأخرى وقد روي عن ابن عباس أنه قال الولي مخير في ذلك بين القتل والدية ولا مخالف له من الصحابة فدل على أنه إجماع^(١).

ثم إنه ليس متلفاً كسائر المتلفات لأن بدلها لا يختلف بالقصد وعدمه والقتل يختلف بالقصد وعدمه^(٢).

ثمرة الخلاف:

وتظهر فائدة الخلاف فيما إذا عفا الولي أو مات القاتل. فإن قلنا الواجب القصاص عينا فإنه يسقط في هذه الحالة لسقوط الموجب. وإن قلنا الواجب أحد شيئين فإذا مات القاتل يتعين المال واجبا فإذا عفى الولي سقط الموجب أصلا^(٣).

=

لهم ما اختاره له وعلى لسانه فعلى الخلف أن يتبعوه طائعين أو داخرين لا مخرج لمسلم من ذلك قال وما سكت عني حتى تمنيت أن يسكت. تفسير القرطبي (٧٣٩/١).

(١) المجموع (٣٣٩/٢٠).

(٢) المغني (٧٥٢/٧).

(٣) يراجع في ذلك: بدائع الصنائع (٢٤١/٧)، إيثار الإنصاف في آثار الخلاف

(ص ٣٨٨) ط/ دار السلام، المجموع (٣٩٨/٢٠)، الإنصاف للمرداوي

(١٠/٥، ٦).

وعلى هذا فإن قال الولي عفوت عن القود إلى الدية سقط القود ووجبت الدية ولو لم يرض الجاني بناء على القول الراجح وإن قال عفوت عن القود والدية سقطاً جميعاً على القولين.

وإن قال عفوت عن القود وأطلق فإن قلنا أن الواجب أحد شيئين بناء على الرأي الراجح وجبت الدية لأنها واجبة لم يعف عنها وإن قلنا إن الواجب القود وحده ففيه وجهان.

الأول لا تجب الدية لأنها لا تجب إلا باختيار الجاني لها ولم يخترها فلم تجب وهو مذهب الأحناف، والمالكية وقيدوه بألا يظهر من ولي الدم ما يدل على إرادة الدية عند العفو وهو أصح القولين عند الشافعية^(١).
الثاني تجب لئلا تهدر الدماء.

ومذهب الحنابلة أن الدية لا تجب قولاً واحداً.

فإن قال عفوت عن القود لم يكن له أن يطالب به لأنه سقط وإن قال عفوت عن الدية فإن قلنا إن الواجب أحد شيئين سقطت الدية وتعين حقه في القصاص وإن قلنا الواجب القصاص عينا لم يصح عفوّه وكان له أن يقتص، فإن اختار القصاص فله أن يرجع ويعفو عنه إلى الدية لأنه تركها باختياره فله أن يرجع إليها وقيل ليس له أن يرجع إليها لأنه تركها فلا يرجع إليها كالقصاص^(٢).

(١) مواهب الجليل (٢٣٥/٦)، مغني المحتاج (٤٩/٤).

(٢) المجموع (٣٩٨/٢٠)، مغني المحتاج (٩٤/٤)، الإنصاف (٥/١٠، ٦).

المطلب الرابع: إنهاء النزاع في القصاص بالصلح:
وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: الصلح عن القصاص في القتل العمد.

ومعناه أن يصالح أولياء المقتول الجاني على مال وهذا المال قد يكون قدر الدية وقد يكون أكثر منها.

والجمهور من الفقهاء كالأحناف^(١)، والمالكية^(٢)، والحنابلة^(٣) ذهبوا إلى أن الصلح على مال في القتل العمد جائز. واستدلوا على ذلك بما يأتي:

(١) أن القصاص حق للولي ولصاحب الحق أن يتصرف في حقه بالاستيفاء والإسقاط إذا كان من أهل الإسقاط والمحل قابل ولأن المقصود من استيفاء القصاص هو الحياة كما قال تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ﴾ [البقرة: ١٧٩] والصلح على مال يحصل به ذلك لأن الظاهر عند أخذ المال عن صلح وتراض أن تسكن الفتنة وتعم الألفة وينتهي النزاع والشر وهذا أنفع وأصلح للمجتمع.

(٢) قوله تعالى: ﴿فَمَنْ عَفَىٰ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبَاعُ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ١٧٨].

(١) بدائع الصنائع (٢٥٠/٧)، شرح فتح القدير (٢٠٩/١٠، ٢٣٩)، الهداية (١٦٧/٤).

(٢) بداية المجتهد (٣٢٩/٢)، الذخيرة (٣٣٨/٥)، مواهب الجليل والتاج والإكليل للمواق (٨٦/٥، ٨٧)، حاشية الخرشي (٨/٦).

(٣) المغني (٧٥٥/٧) (٥٤٥/٤)، العدة للمقدسي (ص ٤٧٩، ٤٨٠)، كشف القناع (٤٠٠/٣).

قيل إنها نزلت في الصلح عن دم العمد فيدل ذلك على جواز الصلح سواء كان بدل الصلح قليلاً أو كثيراً من جنس الدية أو من غير جنسها حالاً أو مؤجلاً بأجل ونحو ذلك^(١).

(٣) ما روي أن النبي ﷺ قال: «من قتل عمداً دفع إلى أولياء المقتول فإن شاءوا قتلوا وإن شاءوا أخذوا الدية ثلاثين حقه وثلاثين جذعة وأربعين خلفه وما صولحوا عليه فهو لهم»^(٢).

وجه الدلالة من الحديث:

أن المراد الأخذ بالرضا وهو الصلح بعينه^(٣).

(٤) ولأنه عوض عن غير مال فجاز الصلح عنه بما اتفقوا عليه كالصداق وعوض الخلع^(٤).

(٥) ولأنه صلح عما لا يجرى فيه الربا فأشبه الصلح عن العروض^(٥).

(١) بدائع الصنائع (٢٥٠/٧)، الهداية (١٦٧/٤)، الذخيرة (٤١٣/١٢)، كشف القناع (٤٠٠/٣).

(٢) سنن الترمذي كتاب الديات باب ما جاء في حكم ولي القتل في القصاص والعفو وقال حديث حسن صحيح رقم (١٤٢٦، ١٤٢٧)، (٤٣٠/٢)، سنن ابن ماجه (٨٧٧/٢)، كتاب الديات باب من قتل عمداً فرضوا بالدية حديث رقم (٢٦٢٦)، ومسند أحمد (١٨٣/٢، ٢١٧).

(٣) الهداية على شرح فتح القدير (٢٤٠/١٠).

(٤) المغني (٧٥٥/٧).

(٥) المرجع السابق.

(٦) ولأن التصالح والتوافق يقطع العداوة والبغضاء من الجانبين^(١).
أما الشافعية: فإنهم قالوا لو صالح عن القصاص على أكثر من الدية من
جنسها بأن صالح على مائتين من الإبل انبني ذلك على القولين في موجب
العمد.

فإن قلنا الواجب أحد الأمرين لم يصح هذا الصلح كالصلح من ألف
على ألفين.

وإن قلنا الواجب القود بعينه صح ويثبت المال المصالح عليه^(٢).
فإن كان الصلح عن جرح العمد فصالح عليه ثم سرى إلى النفس فإنه
يجري فيه ما جرى في العفو مطلقاً عن الجرح ثم يسرى في النفس وقد
سبق الكلام عليه في المطلب الثاني^(٣).

المسألة الثانية: الصلح على مال في القتل الخطأ:

ذكر الفقهاء أنه لا يجوز للولي الصلح على مال في القتل الخطأ وهو ما
وجبت فيه الدية.

والمانع من الجواز تمكن الربا لأن الربا يختص بمبادلة مال بمال فمبادلة
الدية بأكثر منها صلحاً قد يدخل فيه الربا وهو لا يجوز فلا يجوز الصلح
على مال فيه القتل الخطأ^(٤).

قال في المغني:

(١) شرح فتح القدير (٢٠٩/١٠).

(٢) روضة الطالبين (٢٤٢/٩)، مغني المحتاج (٤٩/٤).

(٣) بدائع الصنائع (٢٤٩/٧)، مواهب الجليل (٨٦/٥).

(٤) بدائع الصنائع (٢٥٠/٧).

وإنما لم يجر المصالحة عن الدية بأكثر منها من جنسها لأن الدية ثبتت في الذمة مقدرة فلم يجر أن يصالح عنها بأكثر منها من جنسها كالثابتة عن قرض أو ثمن مبيع، ولأنه إذا أخذ أكثر منها فقد أخذ حقه وزيادة لا مقابل لها فيكون أكل مال بالباطل وهو لا يجوز.

فأما إن صالحه على غير جنسها بأكثر قيمة منها جاز لأنه بيع ويجوز أن يشتري الشيء بأكثر من قيمته أو أقل^(١).

وبهذا تنتهي الوسائل التي وضعتها الشريعة الإسلامية لإنهاء النزاع في الدماء فإذا ما أخذنا بهذه الوسائل عم النفع والخير والمودة والرحمة التي هي مقاصد الشريعة من تشريع الأحكام بدلاً من النزاعات والخلافات والشُرور والمفاسد التي تحدث بسبب القتل أو الإفراط في القصاص بقتل غير القاتل أو أكثر منه.

والله تعالى أعلى وأعلم

(١) مواهب الجليل (٥/٨٧)، الذخيرة (٥/٣٣٧)، المغني (٤/٥٤٥).

الباب الثاني المنازعات التي يكون فيها طرفا الخصومة متعددتين أو أحدهما متعدداً

ويشتمل على فصول أربعة:

الفصل الأول: التنازع في الوصية.

الفصل الثاني: التنازع في الحجر.

الفصل الثالث: التنازع في الشركة.

الفصل الرابع: التنازع في اللقطة واللقيط.

الفصل الأول التنازع في الوصية

ويشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف الوصية وحكمها وشروطها
وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حكم الوصية للوارث

المطلب الثاني: حكم الوصية لغير القريب

المبحث الثاني: التنازع بسبب زوائد الموصى به

المبحث الثالث: التنازع بين الموصي والورثة بسبب الوصية بأكثر من
الثلث وتوقف ذلك على إجازة الورثة

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: إجازة الورثة لتنفيذ للوصية أو عطية مبتدأة؟

المطلب الثاني: وقت الإجازة والرد.

التنازع في الوصية المبحث الأول: تعريف الوصية وحكمها وشروطها:

والوصية في اللغة: بمعنى الإيضاء ووصيت بالشيء بمعنى وصلته وكأن الموصي لما أوصى بها وصل ما بعد الموت بما قبله في نفوذ التصرف، وقيل: معناه وصل خير دنياه بخير عقباه.

ويقال أوصيت لفلان بكذا، ووصيت، وأوصيت إليه، إذا جعلته وصيا وتعني طلب شيء من غيره ليفعله^(١).

وشرعاً: هي تملك مضاف لما بعد الموت^(٢).

وقيل: عقد يوجب حقاً في ثلث عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه بعده^(٣).

فالوصية تعني جواز التصرف والتمليك فيما لا يزيد على ثلث المال وهذا التصرف موقوف حتى الموت فإنه مضاف لما بعد الموت فهي حق أوجبه الموصي في ماله بعد موته وبهذا تخالف البيع والإجارة والهبة^(٤). والوصية مشروعة وجائزة^(٥).

(١) الصحاح للجوهري (٢٥٢٥/٦)، ترتيب القاموس (٣٢٢/٤)، مختار الصحاح

(ص ٦٨١)، مغني المحتاج (٣٩١/٣)، حاشية الدسوقي (٤٢٢/٤).

(٢) بدائع الصنائع (٤٨٣٧/١٠) ط/الإمام.

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٤٢٢/٤).

(٤) بدائع الصنائع (٤٨٤٣/١٠).

(٥) وقال بعض الفقهاء كأهل الظاهر وغيرهم الوصية واجبة لما روي أن النبي ﷺ

قال: «لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر له مال يريد أن يوصي فيه

بيت ليلتين إلا ووصيته عند رأسه». قالوا: لأن الحق هو الثابت فصرح النبي

ﷺ أنه لا يثبت للمسلم إلا بالوصية والنفي كالنهي والنهي للتحريم وإذا حرم الترك وجب الفعل. ويدل على عدم الوجوب قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾ [البقرة: ١٨٠] والمعروف يختص بالمندوب، ولأن في الحديث الذي استدلوا به ما ينافي الوجوب لأن فيه تحريم ترك الإيصاء عند إرادة الإيصاء والواجب لا يقف وجوبه على إرادة من عليه كسائر الواجبات ولأن النبي ﷺ لم يوصي.

فيحمل الحديث بما عليه من الفرائض والواجبات كالحج والزكاة والكفارات والوصية بها واجبة.

وقيل كانت الوصية واجبة ابتداء للوالدين والأقربين من المسلمين لقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ﴾ ثم نسخت فقليل نسخت بقول النبي ﷺ: «لا وصية لوارث» من نسخ الكتاب بالسنة وهو جائز وقيل نسخت بآية الموارث.

وقيل الوصية بقيت واجبة للوالدين والأقربين غير الوارثين بسبب الكفر أو البرق والآية وإن كانت عامة إلا أنها خص منها الوالدان والأقربون الوارثون بالحديث وهو قوله ﷺ: «لا وصية لوارث» فكان هذا الحديث مخصصاً لعموم الكتاب لا ناسخاً والحمل على التخصيص أولى من الحمل على النسخ فالصحيح أنها مندوبة وليست واجبة. يراجع بدائع الصنائع (١٠/٤٨٣٨)، (٤٨٣٩)، الذخيرة (٧/٧)، تكملة المجموع (١٥/٣٩٩)، مغني المحتاج (٣/٣٩)، المعونة (٣/١٦٢١)، المغني (٦/٢).

والأصل في ذلك الكتاب والسنة والإجماع.
أما الكتاب:

فقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ١٨٠].

وقوله تعالى: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دِينٍ﴾ [النساء: ١١].
وأما السنة:

(١) فما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «ما حق امرئ له مال يريد أن يوصى فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته عنده»^(١).

(٢) ما روي أن سعد بن أبي وقاص^(٢) قال: جاءني رسول الله ﷺ يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي فقلت يا رسول الله قد بلغ بي من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال: لا، قلت: فبالشطر يا رسول الله؟ قال: لا، قلت: فبالثلث؟ قال: «الثلث والثلث كثير إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس»^(٣).

(١) البخاري في الوصايا باب الوصايا وقوله ﷺ وصية الرجل مكتوبة (١٨٥/٣)، مسلم في الوصية (١٢٤٩/٣).

(٢) سعد بن أبي وقاص كان رابع سبعة في الإسلام وشهد بدرًا والحديبية وسائر المشاهد وهو أحد الستة الذين جعل عمر بن الخطاب فيهم الشورى وأحد العشرة المشهود لهم بالجنة وكان مجاب الدعوة توفي سنة ٥٨ هـ، الاستيعاب (١٧١/٢)، أسد الغابة (٣٦٦/٢).

(٣) البخاري في الوصايا (١٨١/٣)، مسلم (١٢٥٣/٣).

(٣) أن النبي ﷺ قال: «إن الله تبارك وتعالى تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم زيادة على أعمالكم فضعوه حيث شئتم»^(١).
فقد أخبرنا النبي ﷺ أن الله تعالى جعلنا أخص بثلاث أموالنا في آخر أعمارنا لنكتسب به زيادة في أعمالنا والوصية تصرف في ثلث المال في آخر العمر زيادة في العمل فكانت مشروعة^(٢).

ثم إجماع الأمة من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا على جواز الوصية وأنهم يوصون من غير إنكار من أحد.

وإن كان القياس يقتضي عدم جواز الوصية لأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت والموت مزيل للملك فتقع الإضافة إلى زمان زوال الملك فلا يتصور وقوعه تمليكاً فلا يصح إلا أن هذا القياس ترك للكتاب والسنة والإجماع، مع أن قياساً آخر يقتضي جواز الوصية وهو أن الإنسان يحتاج إلى أن يختم عمله بالقربة زيادة على القرب السابقة، أو تداركاً لما فرط في حياته وذلك بالوصية.

وهذه العقود ما شرعت إلا لحوائج العباد فإذا مست حاجتهم إلى الوصية وجب القول بجوازها.

(١) أخرج ابن ماجه في الوصايا باب الوصية بالثلث رقم (٢٧٠٩)، (٩٠٤/٢)

وفي سننه طلحة بن عمرو المكي وهو ضعيف، والبيهقي في السنن الكبرى

(٢٦٩/٦)، وأسانيده كلها ضعيفة، نصب الراية (٤٠٠/٤).

(٢) بدائع الصنائع (٤٨٣٨/١٠).

ثم إن ملك الإنسان لا يزول بموته فيما يحتاج إليه ألا يرى أنه بقي فيه قدر جهازه من الكفن والدفن وقدر الدين الذي هو مطالب به من جهة العباد لحاجته إلى ذلك فكذلك الوصية^(١).

وأما شروطها:

فإنه يشترط في الموصي أن يكون مكلفاً عاقلاً بالغاً حراً فلا تصح الوصية من المجنون ولا المعتوه ولا الصبي إذا كان غير مميز وإلا صحت^(٢)،

(١) بدائع الصنائع (٤٨٣٨/١٠)، الذخيرة (٥/٧)، المعونة (١٦٢٠/٣)، العدة (ص ٢٨٧)، المغني (١/٦).

(٢) وقد ذهب الإمام مالك إلى جواز وصية الصغير والضعيف والمصاب والسفيه، فقد قال مالك عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم عن أبيه أن عمرو بن سليم الزرقى أخبره أنه قيل لعمر بن الخطاب إن ها هنا غلاماً يافعاً لم يحتلم من غسان ووارثه بالشام وهو ذو مال وليس له ها هنا إلا ابنة عم له قال عمر بن الخطاب فليوص لها قال فأوصى لها بمال يقال له بئر جثم قال عمرو بن سليم فبيع ذلك المال بثلاثين ألف درهم وابنة عمه التي أوصى لها هي أم عمرو بن سليم الزرقى.

وفي رواية أن الغلام كان ابن عشر سنين أو اثنتي عشرة سنة قال يحيى وسمعت مالكا يقول الأمر المجمع عليه عندنا أن الضعيف في عقله والسفيه والمصاب الذي يفيق أحياناً تجوز وصاياهم إذا كان معهم من عقولهم ما يعرفون ما يوصون به فأما من ليس معه من عقله ما يعرف به ذلك وكان مغلوباً على عقله فلا وصية له. الموطأ (١٣١/٢) ط/الخطي.

ولا تصح من الرقيق لأن ماله ملك سيده، وأن يكون مالكا لما يوصي به ملكا تاما.

فغير المالك أو الذي تستغرق الديون ذمته لا يصح إيصاؤه لتعلق حق الغير بالموصى به^(١).

أما الموصى له فإن كانت الوصية لجهة عامة فشرطها ألا تكون جهة معصية كعمارة كنيسة للتعبد فيها أو ترميمها أو كتابة التوراة والإنجيل وقراءتهما فكل هذا لا تصح الوصية به وكذلك كتابة سائر العلوم المحرمة الضارة وكذلك الوصية ببناء موضع للمعاصي كالخمارات مثلاً وغيرها. فإن كانت الوصية لشخص معين فيشترط عدم المعصية، وأن يتصور له الملك عند موت الموصي فتجوز الوصية للحمل بشرط أن يعلم وجوده حال الوصية بأن ينفصل حياً وإلا فلا شيء له^(٢).

المطلب الأول: حكم الوصية للوارث

ثم إن من شروط الموصى له ألا يكون وارثاً لقوله ﷺ: «لا وصية لوارث»^(٣).

(١) الذخيرة (١٠/٧)، حاشية الدسوقي (٤٢٢/٤)، روضة الطالبين (٥٣/٥)، ط/ بيروت.

(٢) مغني المحتاج (٤٠/٣، ٤١)، الذخيرة (١٣/٧).

(٣) جزء من حديث أوله قال ﷺ: «إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا

وصية لوارث» أخرجه أبو داود في البيوع بأن تضمنين العارية (٨٢٤/٣)،

وابن ماجه في الوصايا باب لا وصية لوارث (٩٠٥/٢)، والترمذي في الوصايا

ولأن ذلك تعدي ما حد الله ورسمه لأن الله تعالى جعل لكل وارث قدرًا معلومًا من التركة وإذا خص الميت بعضهم بزيادة على ذلك كأنه يعطيه من حق غيره.

ويتوقف ذلك على إجازة الورثة لأن المنع لحقوقهم فإذا أجازوا فقد تركوا حقوقهم فتجوز^(١).

فإذا لم يجيزوا رجعت ميراثًا لأنه لا يجوز أن ينفرد بها بعضهم وليس لها جهة تصرف إليها فلم يبق إلا أن ترجع ميراثًا كالذي لم يوص به^(٢).

=

باب ما جاء لا وصية لوارث وقال حديث حسن (٣٧٧/٤)، وقال ابن حجر حسن الإسناد تلخيص الحبير (١٢/٣)، ط/ بيروت.

(١) هذا هو قول جمهور الفقهاء وقال أهل الظاهر والمزني وبعض الشافعية لا تجوز وسبب الخلاف هل المنع لعللة الورثة أو عبادة فمن قال عبادة قال لا تجوز وإن أجازها الورثة ومن قال المنع لحق الورثة أجاز ذلك، وتردد هذا الخلاف راجع إلى تردد المفهوم من قوله ﷺ «لا وصية لوارث» هل هو معقول المعنى أم ليس بمعقول. بداية المجتهد (٢٧٢/٢)، روضة الطالبين (١٠٤/٤).

(٢) ثم إن الاعتبار بوقت الموت لا وقت الوصية. فلو أوصى لأخيه وله ابن وقت الوصية ثم مات الابن قبل موت الموصي ثم مات الموصي لم تصح لأن الموصي له صار وارثًا ولا خلاف في هذا بدائع الصنائع (٤٨٥٣/١٠)، الروضة (١٠٦/٥)، المغني (١٥/٦).

بداية المجتهد (٢٧٢/٢)، المجموع (٤٢١/١٥)، المغني (٦/٦).

المطلب الثاني: حكم الوصية لغير القريب

وشرط الوصية أن تكون لقريب غير وارث فإذا أوصى لغير قريب فهل تجوز هذه الوصية أم لا؟

اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين:

المذهب الأول: أن الوصية تجوز لغير الأقربين مع الكراهة فإن الله تعالى جعل الوصية وكتبها للوالدين والأقربين وخرج الوارثون بقول النبي ﷺ: «لا وصية لوارث» وبقي سائر الأقارب لهم وأقل ذلك هو الاستحباب، ولأن الصدقة عليهم في حال الحياة أفضل فكذا بعد الموت فإذا أوصى لغيرهم صحت وصيته وهو قول جمهور الفقهاء.

المذهب الثاني: أن الوصية لا تجوز لغير الأقربين فإن أوصى لغيرهم ترد الوصية إليهم.

حجة الجمهور:

(١) ما روي أن رجلاً أعتق في مرضه ستة عبيد لم يكن له مال غيرهم فبلغ ذلك النبي ﷺ: «فدعاهم فجزأهم ثلاثة أجزاء ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة»^(١).

وجه الدلالة من الحديث:

أن النبي ﷺ أجاز العتق في ثلث المال لغير قرابته.

(٢) ولأنها عطية فجازت لغير قرابته كالعطية في الحياة.

(١) أخرجه الإمام مسلم في صحيحه كتاب الأيمان باب من أعتق شركاً له في عبد

حجة المذهب الثاني:

ظاهر قوله تعالى: ﴿الْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾ [البقرة: ١٨٠].

وجه الدلالة من الآية:

أن الألف واللام تقتضي الحصر فحصرت الآية الوصية في هؤلاء وخرج منهم من يرث بقول النبي ﷺ «لا وصية لوارث». والراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء لأنه معروف والأهل والقربة أحق بالمعروف وأولى من غيرهم^(١).

ويشترط في الموصى به:

أن يكون مقصوداً، وأن يكون جائز الاقتناء والانتفاع به فلا تصح الوصية بما يحرم اقتناؤه والانتفاع به أو ينتفع به على وجه محرم لأن المنفعة المحرمة كالمعدومة.

وأن يقبل النقل من شخص إلى شخص، وألا يزيد على ثلث مال الموصي، وأن يكون مختصاً بالموصي فلا يجوز الوصية بمال الغير^(٢).

(١) بدائع الصنائع (١٠/٤٨٤٠)، بداية المجتهد (٢/٢٧٢)، المغني (٦/٥).

(٢) روضة الطالبين (٥/١١١).

المبحث الثاني

التنازع بسبب زوائد الموصى به

إذا تنازع ورثة الموصي مع الموصى له بسبب الزيادة المتولدة عن الموصى به فقال الورثة هي غير ملحقه بالموصى به وقال الموصى له بل هي تابعة ولا حقة فهل تتبع أم لا؟

قال الأحناف:

إن الزيادة إن حدثت قبل موت الموصي فلا يملكها الموصى له لأنها حدثت قبل ملك الأصل وقبل انعقاد سبب الملك فإذا مات الموصي ملكها الورثة لأن الملك إنما يثبت للموصى له عند الموت ويثبت فيما يخرج من ثلث التركة حسب تقويمها هي والموصى به عند القسمة والتسليم ويستقر في هذا القدر فقط أما ما زاد عليه فلا بد من إجازة الورثة.

فإذا حدثت الزيادة بعد موت الموصي وقبل التسليم فإنها تخلص للموصى له إن كانت من نماء ما ملكه بالوصية، وتخلص للورثة إن كانت من نماء ما ورثوه بعد الوصية ويستوي في ذلك الزيادة المنفصلة والمتصلة سواء كانت متولدة من الأصل كالولد أو في معنى المتولدة، وكذلك الزيادة غير المتولدة من الأصل كالكسب والغلة.

وخالف بعضهم فقال لا يعتبر خروجه من الثلث كما لو حدث بعد القسمة لأنها حدثت بعد ملك الأصل.

فإن خرج الموصى به مع نمائه من الثلث سلماً للموصى له وإذا لم يخرج جميعاً من الثلث فعند أبي حنيفة يعطى الموصى له الموصى به أولاً فإن فضل شيء فإنه يعطى من النماء بقدر ما فضل وعند أبي يوسف، ومحمد بن الحسن أنه يعطى الثلث منهما جميعاً بقدر الحصص.

وجه قول أبي حنيفة:

أن القول بانقسام الثلث على الأصل والزيادة إضرار بالموصى له من غير ضرورة وهذا لا يجوز.

ووجه قول صاحبين:

أن الزيادة إذا جعلت موصى بها صارت كالموجودة عند عقد الوصية فيعطى الثلث منها جميعاً، وما قد يرد على ذلك من أن فيه تغييراً لحكم العقد في الأصل لكن هذا جائز كما في الزيادة المتصلة.

والراجح ما ذهب إليه أبو حنيفة رحمته الله ^(١).

أما المالكية:

فقد اختلفت الكلمة بينهم على ثلاثة أقوال فقليل كلها للموصى له وقيل كلها للموصى، وقيل له ثلثها فقط.

وسبب هذا الخلاف الواقع في الغلة الحاصلة بعد الموت وقبل القبول هو الخلاف في أن المعتبر في تنفيذ الوصية هل هو وقت قبول المعين لها أو وقت الموت؟

ذهب بعضهم إلى أن الوقت المعتبر في تنفيذ الوصية هو وقت القبول ويترتب عليه أن النماء والغلة لا تكون للموصى له في تلك الحالة بل تعد من التركة لأن هذا النماء حدث قبل القبول الذي هو شرط في نفاذ الوصية إذ إنه حدث قبل وقت نفاذها وما كان قبل وقت النفاذ فإنه يكون للموصى وللورثة من بعده.

(١) بدائع الصنائع (١٠/٤٩٦٠، ٤٩٦١).

وذهب بعضهم إلى أن الوقت المعتبر في تنفيذ الوصية هو وقت الموت فالغلة إذا حدثت بعد الموت وقبل القبول تكون للموصى له حيث إنها نماء عين مملوكة له فيخلص له نمائها ولا يعد من التركة لأن ملك الموصى له للموصى به يثبت عند الموت.

وذهب فريق ثالث إلى أن الوقت المعتبر في تنفيذ الوصية هو الأمان معاً الموت والقبول فيكون القبول شرطاً في تنفيذها والموت بداية للملك ويترتب على ذلك لزوم خروجها من الثلث مع الأصل ولم يجعلها من التركة مراعاة لحدوثها بعد وقت الملك ولا للموصى له مراعاة لحدوثها قبل قبوله الذي يعد شرطاً في نفاذها.

أما ما حدث قبل الموت فإنه للموصى قولاً واحداً^(١).

أما الشافعية:

فالاعتبار عندهم في تقويم الموصى به عند الموت وهو وقت لزوم الوصية واستحقاقها، وعلى هذا يعد من الوصية ما يحدث من النماء بعد ذلك ويكون للموصى له باعتباره نماء ملكه إذا ما خرج الموصى به من الثلث خالصاً، ومعنى هذا أن النماء لا يحسب من الثلث فلو زاد الموصى به ونماؤه من الثلث فيجوز^(٢).

أما الحنابلة:

فقد فرقوا بين ما إذا كان هذا النماء في الموصى به متصلاً أو منفصلاً.

(١) حاشية الدسوقي (٤/٤٢٤)، حاشية الخرشى (٨/١٦٩).

(٢) مغني المحتاج (٣/٤٧)، المهذب (١/٤٥)، الأم (٤/٢٧) ط/ دار الشعب.

فقالوا إن نماء العين الموصى به إن كان متصلاً كالسمن فهو تابع للعين ويكون للموصى له إذا احتمله الثلث.

وإن كان نماء العين منفصلاً كالولد والثمرة فإن حدث في حياة الموصي فهو له يصير إلى ورثته لأنه ملكه، وما حدث بعد الموت وقبل القبول فإنه ينسب على الملك في الموصى به والصحيح أنه للورثة لأن وقت الملك هو وقت القبول، وقيل هو للموصى له فيكون النماء لمن الملك له لأن اعتبار وقت التملك هو وقت الموت فتكون هذه الزيادة ملكاً للموصى له .

وهذا لا ينافي أنهم يعتبرون ثلث التركة وقيمتها عند الموت لا عند القبول فالموصى به هو ما يساويه عند الموت ولا يملكه الموصى له إلا بالقبول^(١).

والراجع من هذه الآراء:

أن الزيادة إن حدثت بعد الموت وقبل القبول فإنها للموصى له ، وذلك لأنها حصلت بعد وقت التملك سواء كانت هذه الزيادة متصلة أو منفصلة. وأنها لا تحسب من الثلث فإن كان الموصى به ثلث التركة فإنه يعطاه ويعطى نمائه ولو زاد على ثلث التركة لأن المنع من الزيادة على الثلث إنما هو في الموصى به.

ولو أن الموصى به هلك أو تغيب بعد الموت وقبل القبول فإن الموصى له لا شيء له فإذا تحمل غرمه أفلا يحق له الانتفاع بغلته؟
والله أعلم

(١) المغني (٦/١٥٨)، القواعد لابن رجب الحنبلي (١٧١، ١٧٢)، ط/ المكتبات

المبحث الثالث

التنازع بين الموصي والورثة بسبب الوصية بأكثر من الثلث
وتوقف ذلك على إجازة الورثة

إذا أوصى لغير وارثه فإن الوصية إذا خرجت من ثلث التركة فإنها تجوز ولا يتوقف ذلك على إجازة أحد.

ودليل ذلك قول النبي ﷺ لسعد بن أبي وقاص: «الثلث والثلث كثير». فهذا يدل على أنها لا تجوز في الزائد عن الثلث.

بل الأفضل أن يوصى بأقل من الثلث، وقد أوجب بعض الفقهاء ذلك، وفرق بعضهم بين كون الورثة أغنياء فلا يستحب النقص عن الثلث فإن كانوا فقراء استحب النقص عن الثلث^(١).

فإن أوصى بزائد عن الثلث فلا تجوز الوصية حينئذ إلا بإجازة الورثة فإذا لم يجز الورثة بطلت الوصية في الزائد عن الثلث فإن أجازوا جازت في كل، وفي إجازتهم تحقيق للرضا والمحبة والوفاق بينهم وبين الموصي والموصى له وتطبيياً لقلب الموصي إذ إن المال له وهو حقه وقطعاً للخلاف والتزاع بينهم وذلك لأن المنع لحق الورثة ولا فرق في ذلك بين أن يقصد حرمان الورثة أو لا.

وقال بعض المتأخرين من الشافعية إنه إن قصد حرمان الورثة حرم ذلك عليه. فإذا أوصى بزائد عن الثلث ولم يكن له وارث خاص بطلت الوصية بالزائد لأنه حق المسلمين فلا مجيز.

وقال أبو حنيفة وصيته نافذة في جميع ماله.

(١) بدائع الصنائع (١٠/٤٨٤٠)، بداية المجتهد (٢/٢٧٣)، مغني المحتاج (٣/٤٧).

واستدل على ذلك بأن النبي ﷺ لما منع سعدًا من الزيادة على الثلث قال: «لأن تدع ورثتك أغنياء خيرًا من أن تدعهم عالة يتكففون الناس».

وجه الدلالة من الحديث:

أن النبي ﷺ جعل المنع من الزيادة حقًا للورثة، فإذا لم يكن له وارث سقط المنع.

ولأنه لما كانت الصدقة بجميع ما له جائزة جازت الوصية بجميع ماله حيث لا وارث له.

والراجع الأول لأن هذا ما تدل عليه الأحاديث، ولأن مال من لا وارث له يصير إلى بيت المال إرثًا لأمرين أنه يعقل عنه كورثته فلما ردت الوصية إلى الثلث مع الوارث ردت إلى الثلث مع بيت المال لأنه وارث، وأنه يخلف الورثة في الاستحقاق ويخرج هنا قياساً أن كل جهة استحققت التركة بالوفاة منعت من الوصية بالجميع كالورثة.

الثاني: أن ما منع من الوصايا مع الورثة منع منها مع بيت المال كالديون.

ويجاب عن قول أبي حنيفة بأن هذه الجملة لم تجعل تعليلاً لرد الزيادة إلى الثلث ولو كان ذلك تعليلاً لجازت الزيادة على الثلث مع غناهم إذ لم يصيروا عالة يتكففون الناس.

وأما الصدقة فهي كالوصية إن كانت في الصحة أمضت مع وجود الوارث وعدمه وإن كانت في المرض ردت إلى الثلث مع وجود الوارث وعدمه^(١).

مسألة: إجازة الورثة بالزائد عن الثلث هل هي إجازة وتنفيذ لوصية الموصي أم عطية مبتدأة؟

وقد اختلف الفقهاء في إجازة الورثة لوصية مورثهم بالزائد عن ثلث ماله هل هو تنفيذ لوصيته أم أنه يعتبر عطية مبتدأة منهم على مذهبين: **المذهب الأول:** أن إجازتهم تنفيذ لوصية الموصي وإمضاء لتصرفه بالزائد وتصرفه موقوف على هذه الإجازة وهو مذهب جمهور الفقهاء. **المذهب الثاني:** أن إجازتهم تعتبر عطية مبتدأة من الورثة لا تتم إلا بالقبض ولهم الرجوع فيها ما لم تقبض، وإن كان الرجوع قبل القبض بطلت كالهبات، وهو المشهور عند الإمام مالك وقول للشافعية وقول للحنابلة والمزني وأهل الظاهر.

الأدلة:

أدلة المذهب الأول:

(١) أن الموصي بالوصية متصرف في ملك نفسه والأصل فيه النفاذ لصدور التصرف من أهله في محله وإنما الامتناع لمانع وهو حق الورثة فإذا أجازوا فقد زال المانع وينفذ بالسبب السابق لا بإزالة المانع لأن إزالته

(١) بدائع الصنائع (٤٨٤٨/١٠)، بداية المجتهد (٢٧٣/٢)، الذخيرة (٣٢/٧)،

المعونة (١٦٢٠/٣)، المجموع (٤١١/١٥، ٤١٢).

شرط والحكم بعد وجود الشرط يضاف إلى السبب لا إلى الشرط لأن الشروط كلها شروط الأسباب لا شروط الأحكام^(١).

(٢) ولأن الخبر جاء فيه [إلا أن يجوز الورثة] والاستثناء من النفي إثبات فيكون ذلك دليلاً على صحة الوصية عند الإجازة.

(٣) ولأنه تصرف مضاف للملك وحق الوارث إنما يثبت في ثاني الحال فأشبهه بيع الشقص المشفوع.

أدلة المذهب الثاني:

(١) ظاهر قوله ﷺ «لا وصية لوارث».

فالحديث أثبت بطلان الوصية إذا وقعت غير صحيحة كأن كانت لوارث أو بشيء زائد عن ثلث ماله فإجازة الورثة كأنه ابتداء عطية جديدة منهم.

(٢) ولأنه لما أوصى بالزائد عن الجائز بطلت الوصية فإذا أجاز الورثة بعد ذلك فكأنما أعطوه عطية مبتدأة.

والراجح المذهب الأول لقوة أدلتهم وفي إجازتهم تحقيق للرضا والوفاق بينهم وبين الموصى له وإزالة كثير من الخلافات والتراعات وهذا من مقاصد الشريعة الإسلامية.

ثمرة الخلاف:

وتظهر فائدة الخلاف في اشتراط القبول من عدمه فإن قلنا على الرأي الراجح أن الوصية صحيحة في الزائد بإجازة الورثة فإنها تنفذ للوصية ويكفي فيها قول الوارث أجزت أو أمضيت أو نفذت فإذا قال ذلك

(١) بدائع الصنائع (١٠/٤٩٢٦، ٤٩٢٧).

لزمت الوصية ولا تحتاج للقبول من الموصى له المهم عدم الرد، فإن قلنا إنها هبة وعطية مبتدأة فإنها تفتقر إلى شروط الهبة من اللفظ والقبول والقبض كالهبة ولو رجع المجيز قبل القبض صح رجوعه^(١).

فإذا تنازع الموصى له والورثة في الزائد فإن الأمر موقوف على إجازتهم بالزائد^(٢). فإن أجاز بعضهم ورد بعضهم لزم من أجاز ما ينوبه من الزيادة ولزم من لم يجز منابه من الثلث^(٣).

ويدخل ذلك أيضاً كل تبرع وقع في مرضه الذي مات فيه كوقف وهبه وعتق وإبراء من دين وغير ذلك من أوجه التبرع فإن ذلك يكون من ثلث ماله فإن زاد فهو موقوف على إجازة الورثة^(٤).

(١) وقال الزركشي وهذا الخلاف لا يختص بالوارث كما يقتضيه إطلاقهم بل أصحاب الديون المستغرقة كذلك حتى لو أجازوا رد الوارث لم يلتفت إليه لأن الحق إنما هو للغرماء ولا ينتقل للوارث إلا بسقوط الدين أصلاً وإجازة لا تسقط الدين بدليل أنه لو ظهر له دفين ونحوه وفوا منه وإذا قلنا تنقد فالظاهر أنه لا يحسب من ثلث من يجيز في مرضه للموصى له ولا يتوقف على إجازة ورثة من يجيز في مرضه لوارثه. مغني المحتاج (٤٧/٣).

(٢) بدائع الصنائع (١٠/٤٨٤٨، ٤٩٢٦)، حاشية الدسوقي (٤/٤٢٧)، الذخيرة (٧/٤١، ٤٢)، القوانين (ص ٣٤٨، ٣٤٩)، المعونة (٣/١٦٢٠)، مغني المحتاج (٣/٤٦، ٤٧)، المجموع (١٥، ٤١١)، روضة الطالبين (٥/١٠٣)، المغني (٦/٦، ١٣)، العدة (ص ٢٩٤)، المحلى (١٠/٤٢٥).

(٣) بدائع الصنائع (١٠/٤٩٢٧)، القوانين الفقهية (ص ٣٥٠).

(٤) مغني المحتاج (٣/٤٧).

(وقت الإجازة والرد)

ولا يعتبر الرد والإجازة إلا بعد موت الموصي^(١) فلو أجازوا قبل موته ثم ردوا لم تصح، فإن أذنوا لمورثهم في حياته بالوصية بجميع المال أو بالوصية لبعض ورثته ثم بدا لهم فردوا بعد وفاته فلهم الرد سواء كانت الإجازة في صحة الموصي أو في مرضه وهو مذهب الأحناف والشافعية ورواية عن الإمام أحمد وقول بعض المجتهدين.

المذهب الثاني: أن ذلك ماض عليهم لأن الحق للورثة فإذا رضوا بتركه سقط حقهم كما لو رضي المشتري بالعيب.

المذهب الثالث: فرق الإمام مالك بين الإذن في حالة الصحة وفي حالة المرض فإن أذنوا له في صحته فلهم أن يرجعوا وإن كان ذلك الإذن في حالة مرض الموصي وحين يحجب عن ماله فذلك الإذن ماض عليهم وليس لهم أن يرجعوا.

واستدل أصحاب المذهب الأول بما يأتي:

- (١) أنهم أسقطوا حقوقهم فيما لم يملكوه فلم يلزمهم كالمرأة إذا أسقطت صداقها قبل النكاح أو أسقط الشفيع حقه قبل البيع.
- (٢) أنها حالة لا يصح فيها ردهم للوصية فلم يصح فيها إجازتهم.

(١) ويصح الرد بين الموت والقبول لا بعدهما وبعد القبض، أما بعد القبول وقبل القبض فالأوجه عدم الصحة كما صححه في الروضة وقال الإسنوي إنه المفتى به وجرى عليه ابن المقرئ في روضته وقال الأذرعي إنه الصحيح المنصوص عليه في الأم وجرى عليه العراقيون وعلمه بأن ملكه قبل القبض لم يتم قال ولعل الرافعي تبع البغوي في الترجيح. مغني المحتاج (٥٣/٣).

(٣) أن حقهم إنما يثبت عند الموت لأنه إنما يعلم بكون المرض مرض الموت عند الموت فإذا مات الآن علم كونه مرض الموت فيثبت حقهم الآن إلا أنه إذا ثبت حقهم عند الموت استند الحق الثابت إلى أول المرض والاستناد إنما يظهر في القائم لا في الماضي وإجازتهم قد مضت لغوًا ضائعًا لانعدام الحق حال وجودها فلا تلحقها الإجازة.

والدليل على أن حق الورثة لا يثبت حال المرض بطريق الظهور المحض أن المريض محل له أن يطاء جاريته ولو ثبت الملك عند الموت بطريق الظهور المحض لتبين أنه وطئ ملك غيره فتبين أنه كان حرامًا وليس كذلك بالإجماع.

على أنه في إثبات الحق في المرض على طريق الظهور المحض إبطال الحقيقة عند الموت فلا يجوز اعتبار الحق للحال لإبطال الحقيقة عند الموت فكان اعتباره من طريق الاستناد فيظهر في القائم لا في الماضي^(١).

وجه القول الثاني:

(١) أن إجازتهم في حال الحياة صادفت محلها لأن حقهم يتعلق بماله في مرض مؤته إلا أنه لا يظهر كون هذا المرض مرض الموت إلا بالموت فإذا اتصل به الموت تبين أنه كان مرض الموت فتبين أن حقهم كان متعلقًا بماله فتبين أنه أسقطوا حقهم بالإجازة فجازت إجازتهم^(٢).

(١) بدائع الصنائع (١٠/٤٩٢٧، ٤٩٢٨).

(٢) بدائع (١٠/٤٩٢٧)، بداية المجتهد (٢/٢٧٣)، القوانين الفقهية (ص ٣٤٨)،

التفريع لابن الجلاب (٢/٣٢١، ٣٢٢)، المدونة (٤/٤٣٢، ٤٣٣)، روضة

الطالبين (٥/١٠٤، ١٠٥)، المغني (٦/١٤).

وتبطل الوصية وتنقض بالرجوع فيها من قبل الموصي قبل الموت ويكون ذلك بالقول أو بالفعل، وكذلك برد الموصى له لها أو بموته قبل موت الموصي^(١).

(١) حاشية الدسوقي (٤٢٨/٣)، بداية المجتهد (٢٧٢/٢).

الفصل الثاني التنازع في الحجر

ويشتمل على ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف الحجر وحكمه

المبحث الثاني: الحجر على المفلس وتنازع الغرماء وكيفية تقسيم المال عليهم.

ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعلق حق الغرماء بعين ماله ومنعه من التصرف فيه،

وبيع ماله عليه.

المطلب الثاني: إذا وجد بعض الدائنين عين ماله هل له أن يأخذه؟

المطلب الثالث: هل يحل الدين المؤجل بالإفلاس.

المبحث الثالث: الحجر على المريض مرض الموت وتنازع الورثة في تصرفاته.

ويشتمل على ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: حكم إبرائه وتبرعه وهبته.

المطلب الثاني: حكم إقراره بدين على نفسه لغيره.

المطلب الثالث: حكم عفو المحجور عليه عن القصاص.

التنازع في الحجر

المبحث الأول

تعريف الحجر وحكمه

والحجر في اللغة: المنع يقال حجر القاضي عليه أي منعه عن التصرف في ماله وبابه نصر^(١).

وشرعاً: عرفه الفقهاء بتعريفات كثيرة ترجع إلى أن معنى الحجر منع الإنسان عن التصرف في ماله.

فقال الأحناف: إنه المنع من لزوم العقود والتصرفات القولية فإذا عقد المحجور عليه عقداً أو تصرف تصرفاً قولياً كالبيع والهبة ولا ينفذ ولا يترتب عليه حكمه.

وكون الحجر منعاً من التصرفات القولية لأنها هي التي يتصور الحجر فيها بالمنع من نفاذها، أما الأفعال فلا يتصور الحجر فيها لأن الفعل بعد وقوعه لا يمكن رفعه بخلاف القول.

وقيل: هو منع مخصوص، متعلق بمخصوص، عن تصرف مخصوص أو عن نفاذه أي لزومه فالحجر على الصغير أو المجنون قد يجعل تصرفه غير منعقد أصلاً كما إذا كان ضرراً محضاً كطلاق زوجته، وقد يجعله صحيحاً موقوفاً على إجازة الولي كالبيع والشراء من المميز^(٢).

(١) مختار الصحاح (ص ١٣٠).

(٢) حاشية رد المحتار على الدر المختار (٩٩/٥)، تبين الحقائق (١٩٠/٥).

أما المالكية فقالوا: هو صفة حكمية توجب منع موصوفها من نفوذ تصرفه فيما زاد على قوته أو تبرعه بما زاد على ثلث ماله فيشمل الحجر على الصبي والسفيه والمفلس وكذلك يشمل الحجر على مريض الموت^(١). أما الشافعية، والحنابلة فقالوا: معناه المنع من التصرفات المالية سواء كان هذا المنع لحق الشخص كالحجر على الصبي والمجنون والسفيه أو لحق غيره كالحجر على المفلس لحق غرمائه، وعلى المريض مرض الموت في التبرع بزيادة على ثلث ماله أو التبرع بشيء لوارث وهذا الحجر لحق الورثة^(٢).

والحجر مشروع وجائز.

والأصل في مشروعيته قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا﴾ [النساء: ٥].

وجه الدلالة من الآية:

فإن الآية منعت الأولياء أن يعطوا الأموال للسفهاء يتصرفوا فيها وهذا معنى الحجر لأن في إعطائهم تعريضاً لضياعها فدل ذلك على منعهم من التصرف في أموالهم.

وإنما أضاف الأموال إلى الأولياء وهي لغيرهم لأنهم قوامها ومديروها.

(١) بلغة السالك (٣٧/٢)، الذخيرة للقرافي (٢٢٩/٨).

(٢) مغني المحتاج (١٦٥/٢)، المغني (٥٠٥/٤).

وقد ثبت أن النبي ﷺ : «حجر على معاذ ماله وباعه في دين كان عليه»^(١).

ثم إن فيه رحمة ومصلحة بالمحجور عليه ودفع الضرر عنه بحفظ ماله وحقوقه عليه حتى لا يضيعها ويبرزها في غير المناسب لها ولمصلحة الغرماء والورثة أيضاً وحفظاً للمجتمع.

وإنما يحجر على الصغير حتى يبلغ، ويأنس منه الرشد فإن كان ذلك رفع عنه الحجر ودفع إليه ماله قال تعالى: ﴿وَابْتَغُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦]. فشرط الرشد مع البلوغ، فإن من المقرر شرعاً أن الحكم يدور مع سببه أو علته وجوداً وعدمًا فبما أن الحجر كان لسبب فإذا زال سبب الحجر زال الحجر الذي بني عليه وكذلك يرتفع الحجر عن السفیه إذا ظهر رشده وأمارات حرصه على ماله، وعن المجنون إذا شفي وعاد إلى عقله، وعن المفلس إذا سدد ما عليه.

(١) أخرجه الدارقطني وصححه الحاكم وأخرجه أبو داود مرسلًا وهو حديث ثابت، سنن الدارقطني (٢٣١/٤) ط/ دار المحاسن، الحاكم في المستدرک، وقال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه (٥٨/٢)، ط/ دار المعرفة، سبل السلام (٧٣/٣)، نيل الأوطار (٢٤٤/٥).

المبحث الثاني

الحجر على المفلس وتنازع الغرماء

وكيفية تقسيم المال عليهم

والفلس عدم المال والمفلس في العرف من لا مال له. وفي الشرع من لا يفي ماله بدينه، أو الذي أحاط الدين بماله وكان الدين الذي عليه أكثر من ماله الموجود. وسمي مفلساً وإن كان ذا مال لأن ماله مستحق الصرف في جهة دينه فكأنه معدوم.

والحجر عليه معناه منعه من التصرف في ماله حقاً للغرماء، وسببه طلب الغرماء أو بعضهم الحجر عليه في الديون الحائلة الزائدة على قدر مال المفلس.

وأصله ما روي أن رجلاً أصيب على عهد رسول الله ﷺ في ثمار ابتاعها فكثر دينه فقال رسول الله ﷺ: تصدقوا عليه فتصدق الناس عليه فلم يبلغ وفاء دينه، فقال رسول الله ﷺ: «خذوا ما وجدتم فليس لكم إلا ذلك»^(١).

وجه الدلالة من الحديث:

أن النبي ﷺ لم يزد على خلع ماله لهم فلم يحبسوه ولم يبعه في دينه وإنما حجر عليه لحق الغرماء^(٢).

(١) صحيح مسلم كتاب المساقاة باب استحباب الوضع من الدين (١١٩١/٣)

(١٥٥٦)

(٢) الذخيرة: (١٥٧/٨).

والحجر على المدين المفلس هو مذهب الجمهور من الفقهاء كالمالكية والشافعية والحنابلة وأبي يوسف ومحمد.

ودليلهم: أن النبي ﷺ «حجر على معاذ عندما أحاط الدين بماله».

وقال الإمام أبو حنيفة رحمته الله:

لا يحجر على المفلس في الدين لأن مال الله غاد ورائح وفي الحجر إهدار لحرите وأهليته فتنفذ تصرفاته، ولا يباع ماله جبراً عنه وإنما يؤمر بسداد ديونه فإن امتثل فلا يتعرض له بشيء وإن امتنع عن الأداء حبس حتى يسدد ما عليه من الديون أو يبيع ماله بنفسه.

ودليله: حديث جابر رضي الله عنه عندما استشهد أبوه بأحد وعليه دين فإن النبي لم يحجر عليه ولكن دعا لثمره بالبركة.

والراجح مذهب الجمهور لقوة أدلتهم^(١).

أما دليل أبي حنيفة فإنه إنما لم يحجر عليه لأن الدين لم يكن عليه وإنما كان علي أبيه أو أن الغرماء لم يطلبوا الحجر عليه.

ويتعلق بالحجر على المدين المفلس أحكام منها:

المطلب الأول: تعلق حق الغرماء بعين ماله، وبيع ماله عليه:

أولاً: تعلق حق الغرماء بعين ماله ومنعه من التصرف في ماله فلا ينفذ تصرفه فيه بما يضرهم؛ لأنه لا ضرر على الغرماء فتبطل تبرعاته كالهبة

(١) الهداية مع فتح شرح القدير (٣٢٤/٧)، تبين الحقائق (١٩٩/٥)، الذخيرة

(١٥٨/٨)، بذاية المجتهد (٢٣٠/٢، ٢٣١)، بلغة السالك (١٢٤/٢)، القوانين

الفقهية (ص ٢٧٣)، روضة الطالبين (١٢٧/٤)، ط/ المكتب الإسلامي، مغني

المحتاج (١٦٥/٢)، المغني لابن قدامة (٤٥٣/٤).

والصدقة، ولا يقبل إقراره مطلقاً.

وقال الإمام مالك إنه لا يقبل إقراره لمن يتهم فيه كابن وأخ وزوجة
فإن كان لا يتهم في إقراره له فيقبل كالأجنبي.

أما بيعه وشراؤه ونحوهما من المعاوضات المالية فباطلة لتعلق حق الغرماء
بعين ماله وهذا عند أكثر الفقهاء.

وقال مالك رحمه الله يجوز بيعه وشراؤه ما لم تكن فيه محاباة^(١). وهذا قبل
حكم الحاكم بالتفليس^(٢).

(١) أي نية الفرار من حق الغرماء ومحاباة أقاربه فلا يكون بيعاً صحيحاً وإنما فيه
زيادة للمشتري حتى يفر من حق الغرماء.

(٢) ولقد اختلف الفقهاء في توقف الحجر على المدين المفلس على قضاء القاضي
وحكم الحاكم، فقال الجمهور من الفقهاء كالأحناف والشافعية والحنابلة إنه
لا يحجر على المدين إلا بقضاء القاضي بذلك فتكون تصرفاته قبل القضاء
نافذة، فإذا حجر عليه فإنه يمنع من جميع التصرفات التي تضر بالدائنين وهي
التبرعات والمعاوضات المالية والإقرار بالدين في حال الحجر وفي هذه الحالة
يبيع الحاكم ماله ويقسم ثمنه على الغرماء، ولا بد من طلب الغرماء الحجر
عليه، أما المالكية فقالوا: إن المفلس الذي أحاط الدين بماله له ثلاثة أحوال.

(أ) الحالة الأولى: قبل التفليس أي قبل نزع ماله منه وإعطائه للدائنين وعند هذه
الحالة يكون للدائنين منعه من التصرف في ماله بغير عوض وإبطال تصرفه
سواء كان دينهم حالاً أو مؤجلاً فيمنعونه من الهبة، والصدقة، والوقف،
والكفالة، والقرض، والإقرار بدين لشخص يتهم بأن إقراره له فراراً من الدين
كولد وزوجة، وما عدا هذا كالبيع والشراء فينفذ.

وقول عند الشافعية إنه يجوز بيعه وشراؤه إن فضل ذلك عن الدين وإلا بطل تصرفه.

ويبطل لتعلق حق الغرماء بماله كالمرهون، ولأنه محجور عليه بحكم

=

(ب) الحالة الثانية: ألا يرفع الأمر إلى الحاكم وإنما يقوم الغرماء على المدين ويطالبونه فيستتر منهم ولا يجدونه فلهم في هذا الحالة أن يحولوا بينه وبين ماله ويمنعوه من التبرعات ويمنعوه من التصرفات المالية كالبيع والشراء ولو بغير محابة ولهم قسمة ماله بالمخاصة أي بنسبة حصصهم من الدين.

(ج) الحالة الثالثة حكم الحاكم بتفليسه ولا تتحقق هذه الحالة إلا بطلب الدائنين جميعهم أو بعضهم وأن يكون الدين حالاً فلا يصح تفليسه بدين مؤجل، وأن يكون الدين زائداً عن ماله.

وُمتى فلسه الحاكم اشترك الجميع في ماله من طلب التفليس ومن لم يطلب ويمنع من كل التصرفات المالية والتبرعات والزواج بأكثر من واحدة.

والجمهور عندهم جواز الأفعال حتى يقع الحجر ومالك كأنه اعتبر المعنى نفسه وهو إحاطة الدين بماله لكنه لم يعتبره في كل حال والراجح مذهب الجمهور، يراجع تبين الحقائق (١٩٩/٥)، الدر المختار (١٠٣/٥)، تكملة فتح القدير (٣٢٧/٧)، بداية المجتهد (٢٣١/٢)، بلغة السالك (١٢٤/٢، ١٢٥) حاشية الدسوقي (٢٦١/٣)، القوانين الفقهية (ص ٢٧٣)، الذخيرة (١٦٠/٨)، (١٦١)، روضة الطالبين (١٢٧/٤)، مغني المحتاج (١٤٧/٢)، المغني (٤٨٤/٤)، كشف القناع (٤٠٧/٣، ٤١١).

الحاكم فلا يصح تصرفه^(١).

وقال الأحناف إنما يصح بيعه وشراؤه إذا وقع بثمن المثل أو بمثل قيمة ما اشتراه أو باعه، فإن كان بغبن فيصح البيع ولكنه يكون موقوفاً على إجازة الدائنين. وبهذا يكون قصدهم من منعه من التصرف هو البيع بأقل من ثمن المثل^(٢).

ويستحب أن يشهد الحاكم عليه ليحذر الناس معاملته كيلا يتضرر الناس بضياع أموالهم التي عليه، والإشهاد عليه لينتشر ذلك عنه وربما عزل الحاكم أو مات فيثبت الحجر عند الآخر فيمضيه ولا يحتاج إلى ابتداء حجر ثان^(٣).

فإذا حكم الحاكم بتفليسه وتعلق حق الغرماء بماله فإنه يجوز للحاكم بيع مال المحجور عليه^(٤)، وقسمة ثمنه بين الغرماء بالمحاصة^(٥). وذلك لأن النبي ﷺ «لما حجر على معاذ باع ماله في دينه وقسم ثمنه بين غرمائه».

(١) واستثنى الأذرعي من منع الشراء بالعين ما لو دفع له الحاكم كل يوم نفقة له ولعياله فاشترى بها فإنه يصح جزماً. مغني المحتاج (١٤٨/٢).

(٢) المراجع السابقة.

(٣) المغني (٤٨٧/٤)، روضة الطالبين (١٠٣/٤)، مغني المحتاج (١٤٨/٢).

(٤) وإذا قلنا بجواز بيع مال المفلس فإنه يترك له ما يحتاجه من ثيابه المعتادة كما يترك له قوته وقوت عياله ومن تلزمه نفقتهم فينفق عليهم ولو بعد الحجر ويترك له مسكنه الذي لا غنى له عن سكناه فيه، وكذلك إذا مات كفن من ماله لأن نفقته كانت واجبة من ماله في حياته فوجب تجهيزه منه بعد الموت كغيره. مغني المحتاج (١٥٤/٢)، بلغة السالك (١٣٢/٢)، المغني (٤٨٩/٤، ٤٩٠).

(٥) أي بنسبة حصة كل منهم من الدين.

ويستحب أن يحضر المفلس البيع أو وكيله وكذلك إحضار الغرماء لأن البيع لهم وربما رغبوا في شيء فزادوا في ثمنه وربما وجد أحدهم عين ماله فأخذه^(١).

وهو المسمى في عصرنا بالمزاد العلني.

ويقدم في البيع ما يخاف فسادَه كالفواكه والبقول، ثم ما يتعلق به حق كالمرهون، ثم الحيوان لحاجته إلى النفقة ولأنه معرض للتلف، ثم المنقول لأنه يخشى ضياعه بسرقة أو غصب، ثم العقار لأنه يؤمن عليه من الهلاك والسرقة ولأنه يلحقه ضرر في بيعه لأنه معد في الأصل للاقتناء^(٢).

وإذا اجتمع مال المفلس قسم بين غرمائه فإن كانت ديونهم من جنس الأثمان أخذوها، وإن كان فيهم من دينه من غير جنس الأثمان كالقرض بغير الأثمان فرضي أن يأخذ عوض حقه من الأثمان جاز وإن امتنع وطلب جنس حقه ابتيع له بخصته من جنس دينه.

وإذا أراد الغريم الأخذ من المال المجموع وقال المفلس لا أوفيك إلا من جنس دينك قدم قوله لأن هذا على سبيل المعاوضة فلا يجوز إلا بتراضيهما عليه.

وإن كان فيهم من له دين من سلم لم يجز أن يأخذ إلا من جنس حقه وإن تراضيا على دفع عوضه لأن ما في الذمة من السلم لا يجوز أخذ البديل

(١) روضة الطالبين (١٤١/٤)، مغني المحتاج (١٥٠/٢)، المغني (٤٩٠/٤).

(٢) وقال المالكية يؤخر بيع العقار مدة شهرين، ولم يجز أبو حنيفة بيع عقاره، بلغة

السالك (١٢٩/٢)، مغني المحتاج (١٥٠/٢)، روضة الطالبين (١٤١/٤).

عنه^(١)، لقوله ﷺ: «من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره»^(٢).

المطلب الثاني: إذا وجد بعض الدائنين عين ماله هل له أن يأخذه؟
اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين^(٣).

المذهب الأول: الجمهور من الفقهاء كالمالكية والشافعية والحنابلة قالوا
إذا أفلس الرجل فأصاب أحد الغرماء عين ماله أو سلعته التي باعه إياها
بعينها كان له حق أخذ السلعة^(٤).

(١) الذخيرة (١٦٠/٨)، بلغة السالك (١٣١/٢)، مغني المحتاج (١٥١/٢)، المغني (٤٩٠/٤، ٤٩١).

(٢) رواه أبو داود في سننه (٢٧٦/٣) كتاب البيوع باب السلف لا يحول، ورواه ابن ماجة في سننه (٧٦٦/٢) كتاب التجارات باب من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره عن أبي سعيد.

(٣) وهناك أقوال أخرى منها، أنه ينظر إلى قيمة السلعة يوم الحكم بالتفليس فإن كانت أقل من الثمن خير صاحب السلعة بين أن يأخذها أو يحاص الغرماء وإن كانت أكثر أو مساوية للثمن أخذها بعينها وهو قول لمالك وأصحابه وقيل تقوم السلعة بين التفليس فإن كانت قيمتها مساوية للثمن أو أقل منه قضي له بما أعنى للبائع، وإن كانت أكثر دفع إليه مقدار ثمنه ويتحصون في الباقي وهو قول جماعة من أهل الأثر. بداية المجتهد (٢٣٢/٢).

(٤) بداية المجتهد (٢٣٢/٢)، بلغة السالك (١٣٥/٢)، الذخيرة (١٧٢/٨)، روضة الطالبين (١٤٧/٤، ١٤٨)، المغني (٤٥٣/٤).

المذهب الثاني: الأحناف قالوا: إن الرجل إذا وجد عين ماله عند مدينه المفلس فإنه يكون أسوة بالغرماء فلا يجوز له أخذ ماله فلا يكون أحق به من سائر الغرماء^(١).

وسبب الخلاف:

أن الثمن هل يجري مجرى المثلن فيقبل الإقالة والرد بالعيب فإذا تعذر بالفلس كان كتعذر تسليم المبيع للمشتري في جواز الفسخ، وعند أبي حنيفة الثمن معقود به لا معقود عليه فلا يفسخ العقد بالإعسار به.

الأدلة:

استدل الجمهور على مذهبهم بما يأتي:

(١) ما روي أن النبي ﷺ قال: «أَيُّمَا رَجُلٍ أَفْلَسَ فَأَدْرَكَ الرَّجُلُ مَالَهُ بَعِينَهُ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ»^(٢).

وجه الدلالة من الحديث:

أن الحديث يحمل على عمومته فهو نص في المدعى.

(١) إلا إذا كان ذلك قبل القبض فأفلس المشتري أو بعد القبض وكان القبض بغير إذن بائعه فإنه له حبسه في حالة ما قبل القبض أو استرداده في حالة القبض مع عدم الإذن. الدر المختار (١٠٦/٥)، تكملة فتح القدير (٣٣٠/٧)، تبين الحقائق (٢٠١/٥).

(٢) أخرجه البخاري ومسلم في صحيحيهما، صحيح البخاري كتاب الاستقراض باب إذا وجد ماله عند مفلس في البيع والقرض والوديعة فهو أحق به (٨٤٦/٢) ط/ بيروت، ومسلم كتاب المساقات باب من أدرك عين ما باعه عند المشتري وقد أفلس فله الرجوع فيه (١١٩٣/٣).

وخصصه بعضهم بالقياس وقالوا إن معقوله إنما هو الرفق بصاحب السلعة لكون سلعته باقية وأكثر ما في ذلك أن يأخذ الثمن الذي باعها به فإما أن يعطى في هذه الحالة التي اشترك فيها مع الغرماء أكثر من ثمنها فذلك مخالف لأصول الشرع وبخاصة إذا كان للغرماء أخذها بالثمن وهو قول مالك رحمه الله.

(٢) أن هذا العقد يلحقه الفسخ بالإقامة فجاز فيه الفسخ لتعذر العوض كالمسلم فيه إذا تعذر.

(٣) ولأنه إذا شرط في البيع رهناً فعجز عن تسليمه استحق الفسخ وهو وثيقة بالثمن فالعجز عن تسليم الثمن نفسه أولى^(١).

واستدل أصحاب المذهب الثاني بما يأتي:

(١) أن النبي ﷺ قال: «أبما رجل أفلس فوجد رجل عنده متاعه فهو أسوة بالغرماء»^(٢).

وجه الدلالة من الحديث:

أن الحديث بهذه الرواية يدل على أنه ليس له مزية عن غيره من الغرماء حتى يأخذ عين ماله بل هو أسوة بالغرماء.

(١) المغني (٤/٤٥٤).

(٢) لم أقف على هذه الرواية وما وقفت عليه هو قوله ﷺ «أبما رجل باع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئاً فوجد متاعه بعينه فهو أحق به وإن مات المشتري فصاحب المتاع أسوة بالغرماء»، وفي رواية فإن قضى من ثمنها شيئاً فهو أسوة بالغرماء. سنن أبي داود (٣/٢٨٦) ط/ إحياء التراث.

(٢) أن البائع كان له حق الإمساك لقبض الثمن فلما سلمه أسقط حقه من الإمساك فلم يكن له أن يرجع في ذلك بالإفلاس كالمُرْتَهَن إذا سلم الرهن إلى الراهن.

(٣) ولأنه ساوى الغرماء في سبب الاستحقاق فيساويهم في الاستحقاق كسائرهم.

المناقشة والترجيح:

مناقشة أدلة المذهب الأول:

(١) أن الحديث الذي استدلوا به فيما إذا كان المشتري كان قد قبضه بشرط الخيار للبائع.

الرد على المناقشة:

وهذا تأويل بعيد إذ لا فائدة في الحديث حينئذ فإنه في حالة وجود الخيار للبائع فإنه يجوز له فسخ البيع فهذا أمر مقرر يشمل المفلس وغيره.

(٢) أن الحديث يحمل على ما إذا كان المبتاع وديعة أو عارية أو لقطة.

الرد على المناقشة:

أن هذا التأويل بعيد لأن نص الحديث مقيد بحالة الإفلاس ثم إنه جاء في بعض روايات الحديث ذكر البيع.

مناقشة أدلة المذهب الثاني:

(١) أن الحديث الذي استدلوا به حديث ضعيف ونصه عند الإمام مالك «أيما رجل باع متاعاً فأفلس الذي ابتاعه منه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئاً فوجده فهو أحق به وإن مات الذي ابتاعه فصاحب المتاع فيه أسوة بالغرماء»^(١).

فالحديث على فرض صحته وارد في حالة خاصة وهي حالة الموت؛ لأن الموت خراب للذمم بخلاف الإفلاس، وذمة المفلس قد تعود فالحديث ليس في محل النزاع فلا يكون حجة.

(٢) أن المبيع يفارق الرهن فإن إمساك الرهن إمساك مجرد على سبيل الوثيقة وليس ببدل، والتمن هنا بدل عن العين فإذا تعذر استيفاءه رجع إلى المبدل.

(٣) أنهم وإن تساوا في سبب الاستحقاق ولكن اختلفوا في الشرط فإن بقاء العين شرط للملك الفسخ وهي موجودة، ومن وجد متاعه غير من لم يجده.

فالأصح ما ذهب إليه الجمهور لصحة ما استدلوا به وقوة أدلتهم وهذا كله بعد القبض، أما قبل القبض فلا خلاف في أنه له حق الفسخ ما دامت السلعة في يده ولم يقبضها المشتري المفلس.

إذا ثبت هذا فإن البائع بالخيار إن شاء رجع في السلعة وإن شاء لم يرجع وكان أسوة بالغرماء.

(١) الموطأ كتاب البيوع ما جاء في إفلاس الغريم (٢/٨٣).

سواء كانت السلعة مساوية لثمنها أو أكثر أو أقل لأن الإعسار سبب جواز الفسخ فلا يوجبه كالعيب في السلعة وشرط الخيار، ولا يفتقر الفسخ حينئذ إلى حكم حاكم لأنه ثبت بالنص^(١).

المطلب الثالث: هل يحل الدين المؤجل بالإفلاس؟

اختلف فقهاء المذاهب الإسلامية في أن الإفلاس هل يكون سبباً في حلول أجل الدين المؤجل فيحاص صاحبه غرماء المفلس أم أنه يبقى معلقاً في الذمة ولا يحل بالإفلاس لعل ذمة المفلس أن تعود؟ على مذهبين:

المذهب الأول: أن الديون المؤجلة تحل بفلس من هي عليه وهو مذهب الأحناف والمشهور عند المالكية^(٢) وقول عند الشافعية ورواية عند الحنابلة.

(١) تكملة فتح القدير (٢٣٠/٧)، تبين الحقائق (٢٠١/٥)، الدر المختار (١٠٦/٥)، بداية المجتهد (١٠٦/٥)، الذخيرة (١٧٢/٨، ١٧٣، ١٧٤)، بلغة السالك (١٣٥/٢)، حاشية الدسوقي (٢٨٢/٣)، القوانين الفقهية (ص ٢٧٣)، مغني المحتاج (١٥٧/٢)، المغني (٤٥٣/٤)، سبل السلام (٦٩/٣).

(٢) وقد اشترط المالكية لذلك شرطاً وهو ما لم يشترط المدين عدم حلول دينه بالفلس أو بالموت وما لم يقتل الدائن المدين عمداً فإن قلته فلا يحل دينه المؤجل لأنه استعجل شيئاً قبل أوانه والقاعدة تقول إن من استعجل شيئاً قبل أوانه. عوقب بحزماته، فإن شرط ذلك فيعمل بالشرط فيهما ونص على العمل بالشرط في الموت ابن الهندي، وأما الدين الذي له فلا يحل بفلسه ولا موته، بلغة السالك (١٢٧/٢).

المذهب الثاني: أن الديون المؤجلة لا تحل بفلس من هي عليه وهو قول عند المالكية والأظهر عند الشافعية^(١) وأرجح الروايتين عند الحنابلة: الأدلة:

استدل أصحاب المذهب الأول بما يأتي:

(١) أن الذمة بالإفلاس قد خربت ورب الدين إنما رضي بالتأجيل مع تمكنه من المال وقد زالت المكنة بالحجر وأخذ المال ولا يحل بالإغماء والفرق بينهما أن الدين على المغمى عليه يضمنه الولي أو الحاكم ويضمنه المدين عند إفاقة والغالب سرعته وزواله بخلاف الفلس.

(٢) قياس الإفلاس على الموت في إسقاط الأجل فكما يسقط الأجل بالموت فكذلك يسقط الأجل بالإفلاس.

أدلة المذهب الثاني:

(١) أن الأجل حق المفلس فلا يسقط بفلسه كسائر حقوقه.

(٢) ولأن الإفلاس لا يوجب حلول ماله على غيره فلا يوجب حلول ما عليه.

(٣) ولأنه دين مؤجل على حي فلا يحل قبل أجله كغير المفلس.

والراجح المذهب الثاني لقوة أدلتهم أما أدلة المذهب الأول فإن ثمة فرقاً بين الموت والإفلاس فإن الموت خراب للذمم بخلاف الإفلاس فيترجح المذهب القائل بعدم حلول الدين المؤجل بالإفلاس فلا يقاسم أصحاب الديون المؤجلة أصحاب الديون الحائلة بل تبقى ديونهم في الذمة إلى وقت

(١) وعبر عنه في الروضة بالمشهور.

حلوله فإذا لم يقسم المال حتى حل الدين المؤجل شارك صاحبه الغرماء في
قسمة مال المدين^(١).

وينتهي هذا النزاع بين الغرماء والمدين بتقسيم المال عليهم وأخذ كل
واحد منهم بقدر حصته من الدين، أو بتنازل الغرماء عن ديونهم التي على
المفلس بطرق إنهاء النزاع المعروفة في الديون أو بتأجيل ديونهم حتى
يستطيع الوفاء بها حتى يحل الوفاق مكان النزاع وتعم المحبة ويصلح المجتمع
وخصوصاً إذا ثبت للغرماء عدم مطل المدين.

(١) تكملة فتح القدير (٣٢٨/٧)، بلغة السالك (١٢٧/٢)، الذخيرة (١٧٢/٨)،
القوانين (ص ٢٧٣)، مغني المحتاج (١٤٧/٢)، روضة الطالبين (١٢٨/٤)،
المغني (٤٨١/٤).

المبحث الثالث

الحجر على المريض مرض الموت وتنازع الورثة في تصرفاته

ومرض الموت هو الذي يغلب بسببه الموت أو يحدث بعده الموت، ويلحق به المحكوم عليه بالإعدام^(١).

المطلب الأول: حكم إبرائه وتبرعه وهبته:

وقد اتفق الفقهاء على الحجر على المريض مرض الموت لحق الورثة فلا يجوز تبرعه ولا هبته ولا إبرائه لغيره من دين له وقد تناولنا ذلك بالتفصيل في الفصل الثالث في إبرائه المريض مرض الموت.

المطلب الثاني: حكم إقراره بدين على نفسه:

أما إقراره بدين على نفسه لغيره، فلا يخلو من أمرين إما أن يقر لأجنبي أو لوارث فإن أقر به لوارث فلا يصح إلا بإجازة الورثة وهو قول الجمهور وقال الشافعي يجوز بدون إجازة وعلقه مالك على التهمة فإن كان قد أقر بما يتهم فيه فلا يصح إلا بإجازة الورثة.

وحجة الشافعي: أن جهة الصحة للإقرار هي رجحان جانب الصدق على جانب الكذب وهذا متحقق في الوارث مثل ما في الأجنبي ويقبل إقراره للأجنبي فكذا يقبل إقراره للوارث بدون إجازة.

وحجة الجمهور: إجماع الصحابة رضوان الله عليهم على جواز إقرار المريض لأجنبي لأنه لا يتهم عليه أما الوارث فلا يجوز إلا بإجازة الورثة

(١) بدائع الصنائع (١٠/٤٥٩٥).

وهو متهم في إقراره للوارث لجواز أنه أثر بعض الورثة على بعض بميل الطبع.

ولأنه لما مرضَ مرض الموت تعلق حق الورثة بتركته وإقراره يعتبر وصية والوصية لوارث لا تجوز إلا بإجازة الورثة أما إقراره للأجنبي في حالة المرض فيجوز في ثلث المال بدون إجازة أما في حالة الصحة فيصح إقراره لوارث لأن ما ذكرنا من الموانع منعدمة في إقراره هذا، وكذلك يصح إقراره للأجنبي من جميع المال لانعدام تعلق حق الورثة بما له في حالة الصحة^(١).

المطلب الثالث: عفو المحجور عليه عن القصاص:

تكلمنا فيما سبق عن حكم تصرفات المحجور عليه في الأموال والديون من هبة وإبراء وإقرار بدين وغير ذلك.

أما حكم تصرفه في القصاص فهل يجوز للمحجور عليه سواء لصبي أو سفه أو فليس أو غير ذلك من أنواع الحجر أن يعفو عن القصاص وما حكم عفو وليه؟

إذا كان الحجر عليه لحق نفسه بأن كان العافي صغيراً أو مجنوناً أو سفيهاً فإنه لا يصح عفوّه لأن من شروط العافي أن يكون بالغاً عاقلاً فلا يصح عفو الصبي والمجنون وإن كان الحق ثابتاً لهما لأنه من التصرفات المحضة فلا يملكه كالطلاق والعتاق^(٢).

(١) بدائع الصنائع (٤٥٩٣/١٠) وما بعدها ط/ الإمام، الذخيرة (٢٦٢/٩)،

روضة الطالبين (٣٥٣/٤)، المغني (٢١٣/٥).

(٢) بدائع الصنائع (٢٤٦/٧) دار الفكر، روضة الطالبين (٢٤١/٦).

فإن كان الصغير أو المجنون أو السفیه ولياً بأن قتل له قريب فلا يملك إلا القتل أو الصلح على مال بقدر الدية.

ولكن ليس له أن يعفو مجاًناً لأن فيه إبطالاً لحق غيره^(١).

وجاز صلحه على المال لأنه أنفع من القصاص^(٢).

فإن كان المستحق صغيراً أو مجنوناً فلا يصح العفو من وليهما على غير مال لأنه لا يملك إسقاط حقه وإن اختار الولي القود أو عفا إلى الدية فله أخذها لما فيه من المصلحة^(٣).

فإن كان الأولياء بعضهم صغاراً فهل ينتظر حتى البلوغ؟

اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين:

المذهب الأول: ذهب أبو حنيفة، ومالك، ورواية عن الإمام أحمد، والأوزاعي، والليث أنه لا ينتظر بهم ذلك فلو كان أحد الأولياء صغيراً أو مجنوناً فإن للكبار أو العقلاء استيفاء القصاص ولا ينتظر بلوغ الصغار ولهم العفو على الدية وتكون بينهم وينظر الولي للصغار في القود والعفو على مال ولا يجوز العفو مجاًناً لمصلحة المحجور عليه^(٤).

(١) وهذا لأن من شروط العفو ألا يحصل به ضرر فإذا حل منه ضرر كان ظلماً

من العافي سواء كان الضرر لنفسه أو لغيره فلا يشرع ذلك.

(٢) شرح فتح القدير والعناية (٢٢٦/١٠).

(٣) كشف القناع (٥٤٣/٥، ٥٤٤).

(٤) الهداية (١٩٢/٤)، شرح فتح القدير (٢٢٧/١٠)، المواهب للحطاب

(٢٥٢/٦)، المغني (٧٣٩/٧).

المذهب الثاني: ذهب الشافعي ومذهب الإمام أحمد والصاحبان أنه ينتظر حتى يدرك الصغير أو يفيق المجنون^(١).

الأدلة: استدلال أصحاب المذهب الأول بما يأتي:

(١) أن الحسن بن علي^(٢) رضي الله عنهما قتل ابن ملجم^(٣) قصاصاً وفي الورثة صغار.

وجه الدلالة:

أن الحسن عليه السلام لما استحق هو والورثة قصاص أبيهم اقتصر الحسن ولم ينتظر بلوغ الصغير وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه أحد فكان ذلك إجماعاً.

(٢) ولأن ولاية القصاص هي استحقاق استيفائه وليس للصغير هذه الولاية.

(٣) أنه حق لا يتجزأ لثبوته بسبب لا يتجزأ واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت لكل واحد.

(١) مغني المحتاج (٤٠/٤)، المغني (٧٣٩/٧)، الهداية (١٩٢/٤).

(٢) الإمام الحسن بن علي بن أبي طالب بن عبد المطلب بن هاشم وأمه فاطمة بنت رسول الله ﷺ وهو سيد شباب أهل الجنة توفي سنة ٤٩ هـ. أسد الغابة (١٠/٢)، تهذيب الكمال (٢٢٠/٦).

(٣) عبد الرحمن بن ملجم ذاك المعثر الخارجي ليس بأهل أن يروى عنه، كان عابداً قاتلاً لله لكنه ختم. بشر فقتل أمير المؤمنين علياً، قتله الإمام الحسن سنة ٤٠ هـ. ميزان الاعتدال للذهبي (٥٩٢/٢)، ط/ دار المعرفة، بيروت، العبر في خبر من غير للذهبي (٣٤/١)، ط/ بيروت.

وفرق أبو حنيفة بين الصغير والغائب لاحتمال عفو الغائب دون علم الحاضر فلو استوفى الحاضر كان استيفاء مع الشبهة وهو لا يجوز^(١).

واستدل أصحاب المذهب الثاني بما يأتي:

(١) أنه قصاص غير متحتم ثبت لجماعة معينين فلم يجز لأحدهم استيفاءه استقلالاً.

قال في المغني: والدليل على أن للصغير والمجنون فيه حقاً أربعة أمور:

(أ) لو كان الصغير منفرداً لاستحققه.

(ب) أنه لو بلغ لاستحق ولو لم يكن مستحقاً قبله لما استحققه.

(ج) أنه لو صار ولي الأمر إلى المال لاستحق ولو لم يكن مستحقاً للقصاص لما استحق بدله كالأجنبي.

(د) أنه لو مات الصغير لاستحققه ورثته ولو لم يكن حقاً لم يرثه والورثة كسائر ما لم يستحقه^(٢).

الرأي الراجح هو الثاني وقد يكون الأمر بالانتظار دفعاً للأولياء إلى أن يعفوا إلى الدية فينجوا القاتل من القصاص ولعله يكون قد تاب إلى الله فيتوب الله عليه^(٣).

أما قصة ابن ملحج فإنه قيل إن الحسن قتله بكفره لأنه قتل علياً كرم الله وجهه مستحلاً دمه معتقداً كفره، وقيل قتله الحسن لسعيه في الأرض

(١) الهداية (٤/١٦٢)، شرح فتح القدير (١٠/٢٢٨، ٢٢٩).

(٢) المغني (٧/٧٣٩، ٧٤٠)، مغني المحتاج (٤/٤٠)، الهداية (٤/١٦٢).

(٣) المراجع السابقة.

بالفساد وإظهار السلاح فكان كقاطع الطريق على الناس وهو المحارب^(١).
وقد خالف الحنابلة وقول عند الشافعية في المحجور عليه لسفه فقالوا
يصح عفوّه عن القصاص لأنه ليس بمال وإن أراد العفو مجاًناً فإن قلنا
الواجب القود عينا جاز عفوّه لأن الدية لم تتعين بخلاف إذا ما قلنا
الواجب أحد شيئين فلا يجوز عفوّه مجاًناً ويجوز عفوّه عن القصاص إلى
الدية^(٢).

أما المحجور عليه لحق غيره كالمفلس والمريض مرض الموت فإنه يجوز
عفوّه عن القصاص لأنه ليس بمال.

وإن أراد المفلس القصاص لم يكن لغرمائه إجباره على تركه وإن أراد
العفو عن القصاص إلى المال فله ذلك لأنه فيه حظاً للغرماء.

فإن عفى المحجور عليه لحق غيره إلى غير مال فقد انبنى على القولين في
موجب العمدة.

فإن قلنا إن الواجب القصاص عينا فعفى إلى غير مال صح عفوّه لأن
المال لم يجب فلم يتعلق به حق الغرماء.

وإن قلنا الواجب أحد شيئين فلا يجوز العفو مجاًناً لأن المال يجب بقوله
عفوت عن القصاص فقوله عفوت على غير مال إسقاط للمال بعد وجوبه
وتعيينه ولا يملك ذلك.

(١) المغني (٧/٧٤٠).

(٢) كشاف القناع (٥/٥٤٤)، المغني (٧/٧٥٤)، روضة الطالبين (٩/٢٤٢).

وهذا أيضًا يجري في مريض الموت إن زاد قدر الدية المعفو عنها عن ثلث المال. وقيل إن عفو المريض يصح سواء خرج من الثلث أو لم يخرج وقد نص الإمام أحمد على هذا وقيل يبنى على الروایتين وهو الصحيح^(١).
والله أعلى وأعلم

(١) الهداية (١٦٢/٤)، مواهب الجليل (٢٥٢/٦)، روضة الطالبين (٢٤١/٩)،
٢٤٢، مغني المحتاج (٤٩/٤، ٥٠)، المغني (٧٥٤/٧)، كشف القناع
(٥٤٤/٥).

الفصل الثالث التنازع في الشركة

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: تعريف الشركة وحكمها وأنواعها.

المبحث الثاني: أسباب التنازع في الشركة ووسائل إنجائه.

وفيه ثلاث مطالب:

المطلب الأول: التنازع بين الشركاء بسبب رأس مال الشركة.

المطلب الثاني: التنازع في الشركة بسبب سوء الإدارة.

المطلب الثالث: تنازع العمل مع الإدارة بسبب عدم أخذ حقوقهم أو

بسبب الإنهاء التعسفي لعقد العمل.

التنازع في الشركة

المبحث الأول: تعريف الشركة وحكمها وأنواعها

والشركة في اللغة: الاختلاط وهي بفتح أوله وكسر الراء اسم للشيء المشترك ومعناه خلط النصفين بحيث لا يتميز أحدهما^(١).

والشركة في الاصطلاح: عقد بين مالكين فأكثر على التجار بمالهما والربح بينهما بما يدل عرفاً^(٢).

وقيل: ثبوت الحق في شيء لاثنتين فأكثر على جهة الشيوع^(٣).

وقيل: الاجتماع في استحقاق أو تصرف^(٤).

وهذه التعريفات ترجع إلى أن معنى الشركة خلط مال بآخر والتجار بهما على أن يكون الربح بينهما أو يجتمعان على عمل بينهما بدون رأس المال ويكون الربح بينهما، أو أن يكون العمل من أحدهما في رأس مال الآخر على نسبة محددة من الربح^(٥). وهي جائزة مشروعة.

(١) مختار الصحاح (ص ٣٢٥)، لسان العرب (٦٧/٨) وما بعدها ط/ صادر بيروت.

(٢) بلغة السالك (١٦٥/٢).

(٣) مغني المحتاج (٢١١/٢).

(٤) المغني (٣/٥).

(٥) وهذه التعريفات ترجع إلى شركة العقد وهي ما نتناوله في هذا الفصل وهي التي تحصل برضا الطرفين واختيارهما، وهناك قسم آخر من أقسام الشركة وهي شركة الملك وهي نوعان، إختيارية وهي التي تنشأ من أن يملك اثنان فصاعداً عيناً من الأعيان بسبب من أسباب الملك كأن يشتريها معاً، واضطرارية وهي الناشئة عن اختلاط مالين بدون إرادة مالكيها اختلاطاً لا

قال تعالى: ﴿وَإِنْ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ ءَامَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ﴾ [ص: ٢٤]. والخلطاء هم الشركاء. والنبى ﷺ يقول. قال الله تعالى: «أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فإذا خان أحدهما صاحبه خرجت من بينهما»^(١).

=

يمكن الفصل بينهما كاشتراك شخصين في ميراث من آخر وهي ليست من العقود ولا يجوز لأحدهما أن يتصرف في نصيب الآخر إلا بإذنه فكل واحد منهما في نصيب الآخر كالأجنبي ويجوز لأحدهما بيع نصيبه من شريكه ومن غير شريكه بإذنه وبغير إذنه إلا في صورة الخلط والاختلاط فإنه لا يجوز إلا بإذنه، والفرق بينهما أن الشركة إذا كانت بينهما من الابتداء بأن اشتريا قمحا أو ورثاه كانت كل حبة مشتركة بينهما فبيع كل واحد منهما نصيبه جائز من الشريك والأجنبي بخلاف ما إذا كانت الشركة بخلط أحدهما نصيبه بالآخر لأن كل حبة مملوكة بجميع أجزائها لأحدهما وليس للآخر فيها شركة فإذا باع أحدهما نصيبه من غير الشريك لا يقدر على تسليمه إلا مخلوطاً بنصيب الشريك فيتوقف على إذنه بخلاف بيعه من الشريك للقدرة على التسليم والتسليم، شرح فتح القدير لابن الهمام (١٥٤/٦) دار الفكر، بدائع الصنائع (٥٦/٦)، ط/ دار الحديث، أحكام المعاملات الشرعية (ص ٤٨٩).

(١) رواه أبو داود وصححه الحاكم، سنن أبي داود كتاب البيوع باب في الشركة (١٤٧٠/٣) ط/ دار الحديث، المستدرک للحاكم، وقال صحيح الإسناد ولم يخرجاه (٥٢/٢) ط/ دار الفكر وأعله ابن القطان بالجهل بحال سعيد بن حبان وقد روى عنه ولده أبو حبان بن سعيد وأعله الدارقطني بإرساله فلم يذكر فيه أبا هريرة وقال إنه الصواب. سنن الدارقطني (٣٥/٣)، سبل السلام (٨٣/٣).

وأجمع المسلمون على جواز الشركة لما في ذلك من المصلحة ودفع الحرج والضيق عن الناس بتيسير المعاملات والشركة بينهم^(١).
أما أنواع الشركة فثلاثة^(٢):
النوع الأول^(٣): شركة الأموال وهي التي تكون في الدراهم والدنانير والأموال التي يتعامل بها الناس^(٤).

(١) شرح فتح القدير (١٥٢/٦)، بلغة السالك (١٦٥/٢)، مغني المحتاج (٢١١/٢)، المغني (٣/٥).

(٢) وهناك أنواع أخرى تدرج في هذه الأنواع الثلاثة كشركة المضاربة وتسمى القراض ومعناها أن يدفع رجل ماله إلى آخر يتجر له فيه على أن ما حصل من الربح يكون بينهما حسب ما يشترطان وأجمع أهل العلم على جواز المضاربة في الجملة وحكمها حكم شركة العنان فكل ما جاز للشريك عمله، جاز للمضارب عمله وما جاز أن يكون رأس مال الشركة جاز أن يكون رأس مال المضاربة. المغني (٢٧/٥).

(٣) وهناك أيضاً كثير من الأنواع الحديثة للشركة كشركة التضامن وفيها يكون جميع الشركاء مسئولين بوجه التضامن والتكافل عن التزامات الشركة، وكل اتفاق يخالف ذلك لا ينعقد في حق الغير ويطلق عليها اسم الشركة العامة أو الشركة العادية، ثم شركة المحاصة وهي قريبة الشبه بالشركة في الشريعة الإسلامية ثم شركة المساهمة وهي التي يكون رأس المال فيها مقسماً إلى أسهم مساوية قابلة للتداول ولا يكون كل شريك فيها مسئولاً إلا بقدر حصته في رأس المال.

(٤) أما الشركة بالفلوس فمنعه أبو حنيفة والشافعي وابن القاسم من أصحاب مالك ورواية عن الإمام أحمد وقال غيرهم تجوز الشركة بما لأنها أثمان فجازت

وهي صنفان عنان ومفاوضة.

أما العنان^(١): أن يجعل كل واحد من الشريكين مالاً، ثم يخلطاه أو يجعلاه في صندوق أو في البنك، ويتجرا معاً، ولا يستبد أحدهما بالتصرف دون الآخر ويكون الربح بينهما وهي جائزة بإجماع الفقهاء.

أما المفاوضة: فهي أن يفوض كل واحد منهما صاحبه في التصرف في حضوره وغيبته ويلزمه كل تصرف يصدر عن شريكه من بيع وشراء. وهي جائزة عند جمهور الفقهاء^(٢).

=

الشركة بما كالدراهم والدنانير ولن الشركة تجوز بالعروض فأولى أن تجوز بالفلوس والذي يعمل به الجواز وخصوصاً في عصرنا هذا لأن الفلوس هي المتعامل بها وإلا لأوقفنا كل الشركات وهذا مما يضر بالناس والمجتمع وهذا مما تتغير به الفتوى بتغير الزمان وخصوصاً إذا كانت مبنية على الاجتهاد والرأي. بدائع الصنائع (٥٩/٦)، شرح فتح القدير (١٦٩/٦)، المغني (١٩/٥).

(١) وسميت بذلك لئنهما يستويان في المال والتصرف كالفارسين إذا سويا بين فرسيهما وتساويا في السير فإن عنانيهما يكونان سواء، أو لمنع كل منهما الآخر من التصرف كما يمنع لعنان الفرس، وقيل مشتقة من عن الشيء إذا عرض فسميت الشركة بذلك لأن كل واحد منهما عن له أن يشارك صاحبه، وقيل مشتقة من المعانته يقال عانت فلاناً إذا عارضه بمثل ماله وأفعاله فكل واحد من الشريكين معارض لصاحبه بماله وأفعاله. مغني المحتاج (٢١٢/٢)، المغني (١٦/٥).

(٢) الذخيرة (٥٤/٨، ٥٥).

ومنعها الإمام الشافعي وأحمد وذلك لاشتغالها على أنواع من الغرر ولذلك قال الإمام الشافعي: إن لم تكن شركة المفاوضة باطلة فلا باطل أعرفه في الدنيا إشارة إلى كثرة الغرر والجهالات فيها ففيها يلزم كل واحد منها ما لزم الآخر وقد يلزمه شيء لا يقدر على القيام به^(١).

واشترط الإمام أبو حنيفة فيها أن يتساويا في كل شيء في مالهما وتصرفهما ودينهما ويكون كل واحد منهما كفيلاً عن الآخر في كل ما يلزمه من عهدة ما يشتريه، كما أنه وكيل عنه لأنها مطلق المساواة فيشترط تساويهما في رأس المال ابتداء ثم العمل فلا تجوز مع التفاوت في رأس المال أو في التصرف.

وهي جائزة عند الإمام أبي حنيفة استحساناً والقياس أنها لا تجوز وذلك لأنها تضمنت الوكالة بمجهول الجنس وكذلك الكفالة بمجهول وكل ذلك بانفراد فاسد، أما وجه الاستحسان فإن الناس تعاملوا بها من غير نكير وبه يترك القياس لأن التعامل مع عدم النكير كالإجماع^(٢).

ويشترط في شركة الأموال أن يكون الربح بينهما على حسب نصيب كل واحد منهما من المال ولا يجوز أن يشترط أحدهما من الربح أكثر من نصيبه من رأس المال.

خلافاً لأبي حنيفة الذي أجاز التفاضل بينهما في الربح بالشرط وذلك لأن الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل وقد يكون أحدهما أكثر

(١) مغني المحتاج (٢/٢١٢)، روضة الطالبين (٤/٢٧٧).

(٢) شرح فتح القدير (٦/١٥٧، ١٥٨)، بدائع الصنائع (٦/٥٦، ٥٧)، المغني

(٢/٢١٢)، بداية المجتهد (٢/٢٠٥)، القوانين الفقهية (ص ٢٤٤).

عملاً أو خبرة أو قوة من الآخر فلا يرضى بالمساواة فمست الحاجة إلى التفاضل.

ورأي أبي حنيفة أرجح لما فيه من المصلحة وخصوصاً إذا رضى بذلك واشترطه لأنه لا يحصل بينهما نزاع بعد ذلك.

وما يفعله أحد الشريكين من معروف فهو في نصيبه خاصة إلا أن يكون فيما ترجى به منفعة في التجارة كضيافة التجارة وعشاء العمل وغير ذلك^(١).

النوع الثاني شركة الأبدان:

وهي تكون في الصنائع والأعمال وهي جائزة عند الجمهور خلافاً للإمام الشافعي الذي قال ببطالها لعدم المال فيها، ولما فيها من الغرر إذ لا يدري أن صاحبه يكسب أم لا ولأن كل واحد منهما متميز بيدنه ومنافعه فيختص بفوائد^(٢).

حجة الجمهور:

وقاسها الجمهور على اشتراك الغانمين في الغنيمة وهم إنما استحقوها بالعمل، والمضاربة أيضاً تنعقد على العمل. فجاز أن تنعقد عليه الشركة.

وأما حجة الشافعي فدليل الجمهور يرد عليه.

وأما التميز بينهما فإنه قد يكون أحدهما متفوقاً في القوة والآخر في الذكاء أو الخبرة فيدخل كل واحد منهما بما يتميز فيه من العمل.

(١) المراجع السابقة.

(٢) مغني المحتاج (٢/٢١٢).

فالأرجح مذهب الجمهور لقوة أدلتهم.
ويشترط فيها اتفاق الصنعتين والمكان لمنع الغرر الذي يكون عند
اختلاف الصنعتين أو اختلاف المكان.
وأجازها أبو حنيفة بدون هذا الشرط لجوازها على العمل وهو متفاوت
ويجوز عنده التفاضل في الربح لأنه بدل عن العمل وهو متفاوت^(١).

النوع الثالث شركة الوجوه:

وهي أن يشتركا ولا مال لهما ولا صنعة على أن يشتريا بوجوههما
ويبيعا وسميت بذلك لأنه يشتري بمؤجل إلا من كان له وجاهة عند الناس
فيشتري ويبيع بثقة التجار به وهي جائزة عند أبي حنيفة وأحمد لأن ذلك
عمل من الأعمال فجاز أن تنعقد عليه الشركة.
ومنعها الإمام مالك والشافعي وذلك لأن الشركة تنعقد على المال أو
على العمل وكلاهما معدومان في هذه الشركة مع ما في ذلك من الغرر
لأن كلا منهما عاوض صاحبه بكسب غير محدود.
والراجع جوازها لاقتضاء المصلحة ذلك فإن هذا عرفا الآن بين التجار
أن تقوم العلاقات والمعارف وكلمة التجار والثقة مقام رأس المال^(٢).

(١) بداية المجتهد (٢/٢٠٦)، شرح فتح القدير (٦/١٨٦، ١٨٧)، بدائع الصنائع

(٦/٧)، مغني المحتاج (٢/٢١٢)، روضة الطالبين (٤/٢٧٩)، المغني (٥/٥، ٧)،

العدة (ص ٢٥٢)، القوانين الفقهية (ص ٢٤٤).

(٢) المراجع السابقة.

المبحث الثاني

أسباب التنازع في الشركة ووسائل إنهائه

المطلب الأول: التنازع بين الشركاء بسبب رأس مال الشركة ورأس مال الشركة في شركة الأموال يشترط فيه أن يكون عينا حاضراً لا ديناً في الذمة ولا مالا غائباً^(١) فإن الشركة بالدين والمال الغائب لا تجوز لأنه لا يحصل المقصود بهما إذ المقصود من الشركة الربح وذلك يحصل بواسطة التصرف ولا يمكن التصرف في الدين ولا في المال الغائب فلا يحصل المقصود.

ولا يشترط لصحة الشركة اتفاق المالكين في الجنس بل تجوز الشركة ولو اختلفا في الجنس بأن كان أحدهما دراهم والآخر دنانير وهذا قول الجمهور من الفقهاء من الأحناف، والمالكية^(٢)، والحنابلة. وهو المذهب الأول: المذهب الثاني: الشافعية وزفر من الأحناف قالوا: لا تجوز الشركة مع اختلاف الجنس.

(١) واشتراط الحضور إنما هو عند الشراء بمال الشركة لا عند العقد لأن عقد الشركة يتم بالشراء فيعتبر الحضور عنده.

(٢) وقد اختلف قول مالك فيما إذا كان الصنفان مما لا يجوز فيهما النساء مثل الدراهم من عند أحدهما والدنانير من عند الآخر أو بالطعامين المختلفين فأجازه مرة ومنعه مرة وذلك لما يدخل الشركة بالدراهم من عند أحدهما والدنانير من عند الآخر من الشركة والصرف معاً وعدم التناجز ولما يدخل الطعامين المختلفين من الشركة وعدم التناجز وبالمنع قال ابن القاسم ومن لم يعتبر هذه العلل أجازها، بداية المجتهد (٢/٢٠٤)، الذخيرة (٢٨/٨).

الأدلة:

واستدل الجمهور على مذهبهم بما يأتي:

(١) لأنهما عند الاختلاف من جنس الأثمان فصحت الشركة فيهما كالجنس الواحد، ومتى تفاعلا وقسما الشركة يرجع هذا بدنانيره، وهذا بدراهمه ثم يقتسمان الفضل والربح بينهما.

(٢) أن الشركة مبنية على الوكالة فما جاز التوكيل به جازت الشركة فيه والتوكيل جائز في المالكين قبل الخلط كذا الشركة.

أدلة المذهب الثاني:

(١) أن الشركة تنبئ عن الاختلاط، والاختلاط لا يتحقق مع تميز المالكين فلا يتحقق معنى الشركة.

(٢) ولأن من أحكام الشركة أن الهلاك يكون من المالكين، وما هلك قبل الخلط من أحد المالكين يهلك من مال صاحبه خاصة وهذا ليس من مقتضى الشركة.

مناقشة أدلة المذهب الثاني:

(١) أما قولهم إن الشركة تنبئ عن الاختلاط فمسلم ولكن هل هو اختلاط رأس المال أو الربح يجوز أن يكون المقصود بالاختلاط اختلاط الربح واختلاط الربح يوجد وإن اشترى كل واحد منهما بمال نفسه على حدة لأن الزيادة وهي الربح تحدث على الشركة.

(٢) أما ما هلك من أحد المالكين قبل الخلط فإنما يكون من نصيب صاحبه خاصة لأن الشركة لا تتم إلا بالشراء فما هلك قبله هلك قبل تمام الشركة.

فالأرجح مذهب الجمهور لقوة أدلتهم، ولما فيه من تحقيق المصلحة والتيسير على الناس^(١).

أما تساوي المالين في القدر فلا يشترط وذلك لأنهما مالان من جنس الأثمان فجاز عقد الشركة عليهما كما لو تساويا، ولأن ذلك حدث برضا الشريكين فيجوز.

وقال الأحناف وقول ضعيف عند الشافعية: باشتراط ذلك وخصوصاً في شركة المفاوضة فإن تلف رأس مال الشركة قبل الخلط الحقيقي وقبل تمام الشركة وهذا يتم بالشراء فمن صاحبه، وإن حصل ذلك بعد التام وبعد الخلط فإنه يكون منهما معاً^(٢).

وإن تنازعا في مقدار رأس مال الشركة فالقول قول من يدعي الاشتراك والتساوي لأنه الأصل، إلا إذا أقام الآخر بينة تشهد له بالتفاوت في رأس المال، أو كانت معه قرينة تدل على ذلك بأن كان يأخذ قدرًا يزيد على صاحبه في الربح مع تساويهما في العمل، فإن لم يكن هناك بينة أو قرينة فالقول للمدعي التساوي مع يمينه، ولأن من يدعي الزيادة يدعي قدرًا زائدًا والآخر ينكر هذا القدر الزائد فكان القول قوله بيمينه لقول النبي ﷺ: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر».

(١) بدائع الصنائع (٦٠/٦)، شرح فتح القدير (١٧٨/٦)، الذخيرة (٢٨/٨)، بلغة

السالك (١٦٦/٢)، بداية المجتهد (٢٠٤/٢)، روضة الطالبين (٢٧٧/٤)،

مغني المحتاج (٢١٣/٢)، المغني (١٩/٥).

(٢) بداية المجتهد (٢٠٤/٢).

وكذا القول قول مدعي تساوي إن حلفا معاً فإن حلف أحدهما ونكل الآخر قضي للحالف على الناكل.

وقال ابن القاسم: إن ادعى أحدهما النصف والآخر الثلثين أعطي مدعي النصف الثلث ومدعي الثلثين النصف وقسم السدس بينهما. والقول لمدعي الشركة فيما بيد أحدهما إلا لبينة تشهد للحائز أنه متأخر عن الشركة.

وإن تنازعا في التلف فالقول لمدعي التلف لأنه أمين، ويد الشريك يد أمانة ويحلف إن اتهم وهذا إذا لم يظهر كذبه بأن وجد المال عنده، فإن ظهر كذبه غرم قدر التلف^(١).

وإن تنازعا في شيء اشتراه أحدهما فقال اشتريته لنفسي وعيالي وقال الآخر بل من رأس مال الشركة فيكون لها، فالقول لمن ادعى أنه اشتراه لنفسه إذا كان ما اشتراه يناسبه وكان لائقاً به، فإن كان غير لائق به أو كان عروضاً كثيرة أو عقاراً أو حيواناً فالقول لمن يدعي الشركة ويقضي للحالف منهما على الناكل^(٢).

وإذا تنازع الشركاء في شركة المضاربة في رأس مال المضاربة فقال رب المال رأس مالي ألفين وقال المضارب بل ألف فإن كان في يد المضارب ألف يقر أنها رأس مال المضاربة فالقول قوله، وقيل: القول قول رب المال والراجح الأول.

(١) الذخيرة (٦٦/٨).

(٢) بلغة السالك (١٧٠/٢).

لأنهما اختلفا في مقدار المقبوض فكان القول قول القابض ألا ترى أنه لو أنكر القبض أصلاً وقال لم أقبض منك شيئاً كان القول قوله فكذا إذا أنكر البعض دون البعض لأنه أمين في مال المضاربة^(١).

وقال مالك القول قول المضارب إن أتى بما يشبهه، وقال الشافعي يتحالفان ويتفاسخان ويكون للمضارب أجره مثله قياساً على اختلاف المتبايعين في ثمن السلعة^(٢).

فيكون القول للمضارب في حالتين: في الخلاف في مقدار رأس المال، وفيما إذا ادعى عليه رب المال أن المال قرض في يده وأنكر المضارب وتمسك بأنه مضاربة فيكون القول قوله.

ويكون القول قول رب المال فيما إذا اختلفا في مقدار الربح لأنه يعرف بالشرط من جهته، وفيما إذا اختلفا في العموم والخصوص، وفيما إذا اختلفا في نوع التجارة.

إنهاء النزاع:

وينتهي هذا النزاع في رأس المال بما تقدم ذكره من الفصل في كل صورة من صور النزاع حسب طبيعتها وأيضاً بفسخ الشركة لينتهي النزاع من أصله ويرجع كل منهما بما دفعه، ويقسم الباقي بينهما ويكون ذلك بما يأتي:

(١) بدائع الصنائع (١٠٩/٦)، المغني (٧٦/٥).

(٢) بداية المجتهد (١٩٦/٢).

(١) تصفية الشركة:

إن الشركة عقد جائز غير لازم فيجوز لأحدهما أن يفسخ العقد، ولا يشترط رضا صاحبه بذلك ولكن يشترط حضوره وذلك لأن الفسخ بدون حضور شريكه إضرار بالشريك وهو ما يسمى الآن بتصفية الشركة ولا بد أن يكون رأس مال الشركة حين التصفية عينا على الراجح حتى يتمكن كل منهما من أخذ رأس ماله وربحه فإن كان عروضاً لم يصح^(١).

(٢) وكذلك ينتهي العقد بالانفساخ وهو انتهاء عقد الشركة جبراً وبدون اختيار من أحد طرفي العقد كما إذا مات أحدهما لبطلان الملك وأهلية التصرف بالموت، ولأن كل منهما وكيل عن صاحبه وموت الموكل يكون عزلاً للوكيل^(٢)، وكذلك رده، وجنونه جنوناً مطبقاً، والحجر على السفیه، لأن كل هذا يخرج الوكيل عن الوكالة^(٣).

(٣) هلاك المالكين، أو أحدهما قبل الشراء وذلك في شركة الأموال^(٤).

(١) بدائع الصنائع (٧٧/٧، ٧٨)، الذخيرة (٥١/٨)، مغني المحتاج (٢١٥/٢).

(٢) فإن مات أحد الشريكين وله وارث رشيد فله أن يقوم مقامه على الشركة ويأذن له الشريك في التصرف وله المطالبة بالقسمة أو تصفية الشركة، فإن كان أحد الشريكين قد أوصى بنصيبه في الشركة لمعين فالموصى له كالوارث، فإن أوصى لغير معين كالفقراء فلا يجوز الإذن في التصرف بل يعزل ويقسم عليهم. المغني (٢٥٠/٥)، روضة الطالبين (١٨٣/٤).

(٣) المغني (٢٥٠/٥).

(٤) المرجع السابق.

المطلب الثاني: التنازع في الشركة بسبب سوء الإدارة^(١):

قلنا إن الشركة إذا كانت بين اثنين فكل واحد منهما وكيل عن الآخر أما إذا كانت بين أكثر من اثنين فلا بد للشركة من مدير ينوب عن الشركاء، أو عن شخصها الاعتباري إذا كانت الشركة مملوكة للحكومة. وهذا المدير يتصرف ويباشر أعمال الشركة المشروعة من عقود وتصرفات، ويعتبر هذا المدير في شركات الأشخاص وكيل عن بقية الشركاء في إدارة الشركة ولا بد له من الإذن في التصرف في أعمال الشركة تصرفاً مطلقاً أو خاصاً.

وقد يكون المدير هيئة مكونة من مجلس الإدارة والمدير عضو فيها ويكون ما يتخذ من قرارات وعقود باتفاق مجلس الإدارة على ذلك وإذا حدث أي اختلاف بين مجلس الإدارة فإن القرار يكون للأغلبية. وإذا أساء المدير استعمال حقوقه أو بدد أموال الشركة أو ارتشى أو غير ذلك فإن من حق الشركاء عزله في شركة الأشخاص، ومن حق مجلس الإدارة عزله في شركات الحكومة.

أو إحالة الأمر إلى الشئون القانونية المختصة بفصل النزاع في الشركة فإن تعدى الأمر سلطة الشئون القانونية بأن كان الأمر فيه ضياع لأموال

(١) فإذا كانت الشركة بين اثنين وقد وكل كل واحد منهما الآخر وأذن له في التصرف في مال الشركة فإن كل واحد منهما مأمور بأن يتصرف بما يصلح الشركة ويعود بالربح عليهما ولا يجوز لأحدهما أن يتبرع أو يهب من مال الشركة شيئاً إلا إذا كان هذا التبرع يعود نفعه على الشركة.

الشركة فيجب إحالة الأمر إلى النيابة العامة [القضاء] لفصل ذلك النزاع فإذا ثبت ذلك على المدير عزل وألزم برد الأموال المختلصة.

فإذا كانت الشركة شركة أشخاص، أو شركة أسهم وحصل النزاع والخلاف بسبب سوء الإدارة أو التبديد أو الاختلاس.

ففي أول الأمر قررت الشريعة الإسلامية وسائل وقاية لتفادي النزاع وسوء الإدارة ومنها أن يقوم الشركاء برقابة المدير وذلك لمنع المدير من خيانة الشركة أو تزييف أعمالها وحتى لا يأخذ أموال الشركة ويبددها عن طريق توجيه أموال الشركة لمصالحه الخاصة فمهما بلغت الثقة بالمدير فلا بد من وجود رقابة على تصرفاته والشركاء الذي ساهموا بأموالهم في رأس مال الشركة هم أولى الناس بهذه الرقابة فإن كل شريك وكيل عن شريكه ورقيب يلاحظ تصرفاته فله عليه حق الاعتراض أو المنع حيث يثبت الضرر.

وفي شركات الحكومة والقطاع العام يقوم الجهاز المركزي للمحاسبات بهذا الدور الرقابي على المدير ومجلس الإدارة.

ثم إذا احتدم الخلاف والنزاع في الشركة بسبب سوء الإدارة فينتهي هذا بتصفية الشركة ومعناه حصر موجوداتها بعد استيفاء ما لها من حقوق، والوفاء بما عليها من ديون تمهيداً لقسمتها، والفقهاء قالوا إذا فسخ أحد الشركاء الشركة أو عزل شريكه فتحصل التصفية وخصوصاً إذا كان المال ناضباً^(١) فإن كان عرضاً فإن الشركة تبقى قائمة حتى ينض

(١) أي ذهباً أو فضة أو أموالاً يتعامل بها الناس.

المال، وفي شركات الحكومة وشركات التضامن يعزل مجلس الإدارة ويتولى مجلس جديد.

المطلب الثالث: تنازع العمال مع الإدارة

قد يتنازع العمال مع الإدارة إما بسبب عدم أخذ العمال حقوقهم أو بسبب الفصل التعسفي أو الإنهاء التعسفي لعقد العمل.

ولا شك أن استعمال الحق يمثل أهم مظاهر النشاط الإنساني وتندرج تحته معظم أفعال الأفراد ومن ضمن الحقوق أن يأخذ العامل أجره إذا قام بعمله وخدماته التي قدمها لصاحب العمل، وحقه في الراحة من عناء العمل وحقه الكامل في تأمين ضروريات العيش من المسكن والغذاء والكساء والدواء، وحقه في حماية نفسه ووقايتها من المخاطر والمهالك التي قد يتعرض لها أثناء ممارسته عمله، وحق تشكيل النقابات التي تدافع عن حقوق العمال، وحق الضمان الاجتماعي.

إن الإسلام يحمي أجر العامل من ممانعة أصحاب الأعمال وتباطئهم في دفع الأجر إليه عقب فراغه من العمل، واستعمل الإسلام جميع الوسائل لحماية هذا الأجر من الممانعة فدعا النبي ﷺ أصحاب العمل إلى تعجيل الأجر فور الانتهاء من العمل فقال ﷺ: «أعطوا الأجير حقه قبل أن يجف عرقه»^(١) وغير ذلك من الأحاديث التي ذكرناها في فصل الإجارة.

(١) رواه ابن ماجه في سننه كتاب الرهون بأن أجر الأجراء رقم (٢٤٤٣)

والبيهقي (١٢١/٦) كتاب الإجارة باب إثم من منع الأجير أجره وهو ضعيف لأن فيه شرقي بن قطامي ضعفه زكريا الساجي وقال إبراهيم الحربي تكلم فيه، وكان صاحب سمر يغني ولم يكن صاحب حديث له عشرة أحاديث فيها

ومن ذلك أيضاً أعطى الإسلام للعامل الحق في حبس العين لاستيفاء الأجرة وهو مذهب الشافعية.

وأن الإسلام يحمي أجر العامل من الاغتيال والسرقة، وجشع أصحاب الأعمال يوجب على الأمة ممثلة في حاكمها المسلم أن يضرب بيد من حديد على أيدي هؤلاء.

وإن الإسلام يحمي أجر العامل من عسر صاحب العمل، ومزاحمة الدائنين من غير العمال لصاحب العمل فإذا ما أعسر صاحب العمل وقد انتهى عماله من عملهم، فإن العامل هو المقدم على الغرماء فيأخذ حقه بما في يده من الأشياء التي يصنعها حتى يستوفي حقه فإن فضل بعد ذلك شيء فإنه يوزع على الغرماء بقدر حصصهم من الدين، وهذا أقرب إلى مصلحة العمال، وأقرب إلى العدالة فليس من العدالة أن نترك هذا العامل الذي لا يملك مصدراً لرزقه سوى عمله دون أخذ أجره، ولقد أخذ قانون العمل الموحد بهذا الرأي^(١).

وعلى العمال إزاء هذه الحقوق وضمائمها القيام بما عليهم من واجبات على الوجه المطلوب دون تقصير، وأن يحافظ على أدوات عمله وألا يفشي أسرار صنعته وغير ذلك.

إن من أهم حقوق العامل ألا يفصل من عمله ولذلك حرصت الشريعة الإسلامية على تحريم هذا واقتضت نظرية التعسف في استعمال الحق

=

مناكير وفيه أيضاً محمد بن زياد الراوي عنه وهو ضعيف سبل السلام

(١٠٧/٣) نصب الراية (١٢٩/٤) مجمع الزوائد (١٠١/٤).

(١) رسالة دكتوراه بعنوان حقوق العمل بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة.

بحرمان صاحب الحق من ممارسة حقه على وجه تعسفي وبهذا تكون الشريعة الإسلامية قد دفعت الضرر قبل وقوعه بمنع الاستعمال التعسفي للحق ابتداءً.

أما إذا وقع التعسف فعلاً وأدى إلى الضرر فإن الشريعة رتبت عليه جزاءات إما بإزالة عين الضرر، أو عن طريق الضمان التعويضي حسب الأحوال وحسب ما يرى ولي الأمر العادل عن طريق القضاء، ويحقق المصلحة.

ومن ضمن هذه الجزاءات الجزاء العيني، والجزاء التعويضي، والجزاء التعزيري والجزاء الأخروي والمقصود منه الزجر والردع وخاصة في الأحوال المضرة بالغير.

وأحياناً يكون الجزاء الأخروي هو الجزاء الوحيد للفعل التعسفي.

إما للعجز عن إثباته، أو لكونه خارجاً بطبيعته عن تقدير القضاء.

وإذا حدث هذا للعامل فقد وضع القانون نظاماً للإجراءات تؤدي إلى الإسراع في الفصل في الدعاوى المترتبة على إنهاء العقد بلا مبرر حيث أقر للعامل الذي يفصل من عمله بغير مبرر الحق في طلب وقف قرار فصله وإعادةه إلى عمله حتى يتم الفصل في الدعوى الموضوعية^(١).

لجان فض المنازعات:

إذا لم يصل العامل لحقوقه بالطرق الودية والسلامية فعليه أن يتجه لأخذ حقوقه عن طريق القضاء ونظراً لطول فترة التقاضي فقد أعدت لجان

(١) رسالة دكتوراه بعنوان الإنهاء التعسفي لعقد العمل بكلية الشريعة والقانون

بالقاهرة إعداد حسن محمد سيد بتصرف شديد.

لفض المنازعات والتوفيق فيها بين العمال وأصحاب الشركات الحكومية، أو الشخصية الاعتبارية، سواء كانت هذه المنازعات تجارية أو إدارية، والغرض من ذلك التخفيف عن المتخاصمين وإتاحة الفرصة لديهم للحصول على حقوقهم.

وحسم التراجع عن طريق تلك اللجان من شأنه أن يوفر الجهد والوقت عن كاهل القضاة ولعدم ازدحام الدوائر بقضايا من الممكن حلها عن طريق تلك اللجان.

وتصدر اللجنة توصياتها في المنازعة مع إشارة موجزة لأسبابها وذلك في ميعاد لا يجاوز ستين يوماً من تاريخ تقديم طلب التوفيق إليها، وتعرض هذه التوصيات على الجهات المختصة والطرف الآخر للتراجع فإذا اعتمدتها السلطة المختصة وقبلها الطرف الآخر كتابة خلال خمسة عشر يوماً قررت اللجنة إثبات ما تم الاتفاق عليه في محضر موقع من الطرفين وتكون له قوة السند التنفيذي، ويبلغ إلى السلطة المختصة لتنفيذه وبذلك يتيسر حسم المنازعات عن طريق التوفيق وهي المرحلة الأولى قبل التحكيم أو لجان التحكيم لأن الحكم في لجان التحكيم ملزم فإنه إذا لم تستطع هذه اللجان حسم الخلاف والتراجع فقبل اللجوء للقضاء هناك لجان التحكيم التي تعين لحسم هذا التراجع بما يكفل اقتضاء الحقوق بالسرعة اللازمة وبوسيلة بالغة اليسر والسهولة^(١).

(١) وإن كان وجود هذه اللجان يعد مرحلة أولى للرجوع إلى النظام السابق الذي كان موجوداً قبل ذلك وهو نظام تحضير الدعوى الذي كان من شأنه فصل الكثير من المنازعات قبل وصولها إلى القضاء عن طريق هذه اللجان للتحضير

فإذا لم يقبل أحد طرفي النزاع توصية اللجنة يكون لكل من طرفي النزاع اللجوء إلى المحكمة المختصة وذلك لأن توصيات هذه اللجان غير ملزمة ولا تمنع أيًا من طرفي النزاع اللجوء إلى القضاء^(١).

وهذه من العيوب التي لحقت بهذه اللجان وقللت من أهميتها وهو عدم الإلزام بحكمها وتوصياتها مما جعل كلاً من طرفي النزاع يحجم عن اللجوء إليها إذا لم تنته المنازعات بين العمال والإدارة بالطرق الودية ولم تنته عن طريق تلك اللجان التي من شأنها التوفيق في المنازعات أو بطريق اللجوء إلى لجان التحكيم.

بقي وسيلة اللجوء إلى القضاء لرفع دعوى مستعجلة يطلب العامل فيها أخذ حقوقه وإعادةه إلى عمله إن كان فصل فصلاً تعسفياً بالإضافة إلى الإجراءات التي وضعتها الشريعة لحماية حقوق العاملين. والله أعلم.

وليت هذا النظام يعود من جديد.

(١) التعليق على القانون لسنة ٢٠٠٠ بشأن لجان التوفيق في فض منازعات الدولة إعداد المستشار عمرو عيسى الفقي، ط/ دار الكتب القانونية.

الفصل الرابع التنازع في اللقطة واللقيط

ويشتمل على خمسة مباحث:

المبحث الأول: تعريف اللقطة ودليلها.

المبحث الثاني: أحكام اللقطة.

المطلب الأول: هل يكفي الوصف في إثبات اللقطة أو لا بد من البينة؟

المبحث الثالث: التنازع في اللقطة، ووسائل إنهاء هذا النزاع.

المبحث الرابع: تعريف اللقيط واشتراط البينة في دعوى نسب اللقيط.

المبحث الخامس: التنازع في نسب اللقيط ووسائل إنجائه.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: إدعاء من التقطه نسبه.

المطلب الثاني: ادعاء غير من التقطه نسبه.

التنازع في اللقطة واللقيط

المبحث الأول

تعريف اللقطة ودليها

واللقطة لغة: لقط الشيء أخذه من الأرض والتقطه^(١).

وشرعاً: المال^(٢) الضائع من ربه يلتقطه غيره، وهي بهذا المعنى تنصرف

إلى لقطة غير الإنسان فتشمل لقطة الأموال والحيوان^(٣).

وقيل: ما وجد في موضع غير مملوك من مال أو مختص ضائع من ماله

بسقوط أو غفلة ونحوها لغير حربي ليس بمحرز، ولا ممتنع بقوته، ولا

يعرف الواجد ماله.

فخرج بقوله «غير مملوك» المال الذي يوجد في أرض مملوكة فإنه لمالك

الأرض إن ادعاه.

وبقوله «بسقوط أو غفلة» يشمل ما إذا ألقى الريح ثوباً في حجره

مثلاً أو ألقى هارباً في حجره كيساً ولم يعرفه فهو مال ضائع يحفظه ولا

يتملكه.

ويخرج بقوله «لغير حربي» ما وجد بدار الحرب وليس بها مسلم لأنه

غنيمة بخمس وليس لقطة.

(١) المعجم الوجيز (ص ٥٦٧)، لسان العرب (٣٩٣/٧).

(٢) وإنما قيل للمال لقطة لأن طباع النفوس في الغالب تبادر إلى التقاطه فصار المال

باعتبار أنه داع إلى أخذه بمعنى فيه نفسه شرح فتح القدير (١١٨/٦).

(٣) المغني (٦٩٣/٥)، بدائع الصنائع (٢٠٠/٦).

وهذا أرجح التعريفات وإن كان لا يشمل اللقيط من الإنسان، وكذلك لا يشمل الركاز الذي هو دفين الإسلام يصح لقطه مع أنه ليس مالاً ضائعاً.

وكذلك الخمر غير المحترمة فيصح التقاطها ولا مال ولا اختصاص^(١). والأصل فيها الآيات التي تأمر بالبر والإحسان، إذ إن التقاط اللقطة وردها إلى صاحبها من المعروف المأمور به.

ثم قول النبي ﷺ عندما سئل عن اللقطة قال: «أعرف عفاصها^(٢) ووكاءها^(٣) ثم عرفها سنة فإن لم تعرفها فاستنفقها ولتكن وديعة عندك إن جاء صاحبها يوماً من الدهر فأدها إليه وإلا فشأنك بها، قال فضالة الإبل قال: ما لك ولها معها سقاؤها وحذاؤها^(٤) ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها فإن جاء صاحبها وإلا فاستنفقها»^(٥).

ثم الإجماع على وجوب رد اللقطة إلى من يصفها أو يقيم البينة عليها.

(١) مغني المحتاج (٢/٤٠٦).

(٢) العفاص بكسر العين بمعنى الوعاء التي تحفظ فيه وفي رواية للحديث خرقتها.

(٣) الوكاءة ما تربط به من الخيوط وغيرها ثم يجب معرفة الأوصاف المحددة لها من أن يذكر وزنها وعددها وجنسها إن كانت دراهم أو دنانير وإن كانت ثياباً عرف لفافتها وجنسها وقدرها. مغني المحتاج (٢/٤١٢)، المغني (٥/٧٠٧)، (٧٠٨)، سبل السلام (٣/١٢٣).

(٤) أي خفها فإنه لقوته وصلابته يجري مجرى الحذاء. المغني (٥/٦٩٣).

(٥) الحديث متفق عليه أخرجه البخاري في اللقطة باب إذا جاء صاحب اللقطة بعد سنة ردها عليه (٢/٨٥٨) ط/ بيروت.

المبحث الثاني

أحكام اللقطة

ويجب على من التقط مالاً أو حيواناً أو ثياباً أن يعرفه سنة^(١) للحديث المتقدم ذكره وتحديد التعريف بسنة هو مذهب الجمهور^(٢)، ومعنى التعرف المناداة عليها أو الإعلان عنها حيث وجدها وفي الأماكن العامة كالأسواق وأبواب المساجد وفي العصر الحديث بأن يعمل محضراً في الشرطة يذكر فيه ذلك ويكون التعريف بأن يذكر بعض أوصافها، ولا يذكر أوصافها تفصيلاً.

(١) أما الشيء اليسير التافه فلا خلاف في إباحة أخذه والانتفاع به من غير تعريف وذلك كالتمر والكسرة لأن النبي ﷺ لم ينكر ذلك على واجده وقال: «لولا أني أخاف أن تكون من الصدقة لأكلتها» صحيح البخاري في اللقطة باب إذا وجد تمر في الطريق (٢/٨٥٧) رقم (٢٢٩٩) ط/ بيروت، سبل السلام (٣/١٢٢).

(٢) وهناك رواية عن الإمام أبي حنيفة أن التحديد بسنة ليس بتقدير لازم في كل شيء بل يعرفها الملتقط مدة يتوهم أن صاحبها يطلبها فإن كانت أقل من عشرة دراهم عرفها أياماً وإن كانت عشرة فصاعداً عرفها حولاً ومعناه حسب ما يرى وهي رواية شمس الأئمة وقال محمد بن الحسن بقول الجمهور بأن مدة التعريف سنة للاحتياط وهو الراجح. شرح فتح القدير (٦/١٢١)، (١٢٢)، حاشية ابن عابدين (٤/٢٧٨)، حاشية الخرخشي (٧/١٢٤)، روضة الطالبين (٥/٤٠٧)، المغني (٥/٦٩٥).

والتعريف واجب على الملتقط لأن الأمر في الحديث ظاهره الوجوب خلافاً لأكثر الشافعية الذين قالوا: لا يجب التعريف لمن أراد حفظ اللقطة لصاحبها، وإنما يكون التعريف إذا كان الالتقاط بقصد التملك.

وإن كان المرجح والمعتمد في المذهب وجوب التعريف في كل الأحوال^(١)، أو يغلب على ظنه صدقه عملاً بقول النبي ﷺ «فإن جاء صاحبها وعرف عفاصها ووكاءها فأعطه إياها».

المطلب الأول: هل يكفي الوصف في إثبات اللقطة أو لا بد من البينة؟
اختلف الفقهاء في ذلك على مذهبين:

المذهب الأول: أن الملتقط لا يجبر على تسليم اللقطة إلى من يدعيها بلا بينة، ولا يكفي الوصف في إثبات اللقطة وهو مذهب الأحناف والشافعية.

المذهب الثاني: أن صاحب اللقطة إذا جاء خلال مدة التعريف ووصفها فهو أحق بها ولو لم ينبه، فإذا أتى بالبينة أي بشهادة شاهدين فيجب على الملتقط حينئذ أن يدفع إليه اللقطة وهو مذهب المالكية والحنابلة.

سبب الخلاف:

ويرجع سبب الخلاف إلى معارضة الأصل في اشتراط الشهادة في صحة الدعوى لظاهر الحديث فمن غلب الأصل قال لا بد من البينة، ومن غلب ظاهر الحديث قال لا يحتاج إلى بينة^(٢).

(١) مغني المحتاج (٢/٤١١، ٤١٢).

(٢) بداية المجتهد (٢/٢٤٨).

الأدلة:

استدل أصحاب المذهب الأول بما يأتي:

(١) أن صاحب اللقطة مدع فيحتاج إلى البينة كغيره لقول النبي ﷺ «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء قوم وأموالهم ولكن البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه»

(٢) ولأن اللقطة مال للغير فلا يجب تسليمه بالوصف كالوديعة لكن يحل للملتقط دفع اللقطة لمن يدعيها عند إصابة العلامة المحددة.

واستدل أصحاب المذهب الثاني بما يأتي:

(١) العمل بظاهر قول النبي ﷺ «فإن جاء أحد يخبرك بعددها ووعائها ووكائها فادفعها إليه».

وجه الدلالة من الحديث:

أن النبي ﷺ لم يشترط البينة في إثبات اللقطة ولم يشترط سوى الوصف للوعاء والوكاء ولو كانت البينة مشترطة لذكرها النبي ﷺ .

(٢) أن إقامة البينة على اللقطة متعذر لأنها ضاعت حال الغفلة والسهو.

مناقشة أدلة المذهب الأول:

أن قول النبي ﷺ «البينة على المدعى» في حالة إذا كان هناك منكر ولا منكر هنا.

فيكون الراجح المذهب الثاني وهو الاكتفاء بالوصف دون البيئة حيث إنه لا مدع لها إلا الواصف وقد ترجح صدقها فينبغي أن تدفع إليه^(١).

(١) شرح فتح القدير (١٢٩/٦، ١٣٠)، بدائع الصنائع (٢٠٢/٦)، ط/ دار الحديث. المبسوط (٨/١١)، بداية المجتهد (٢٤٨/٢)، الذخيرة (١١٧/٩)، مغني المحتاج (٤١٦/٢)، المغني (٧١٠/٥).

المبحث الثالث

التنازع في اللقطة ووسائل إنهائه

إذا حدث التنازع في اللقطة فادعاهما أكثر من واحد.

فإذا كان الملتقط قد دفع اللقطة لمن وصفها ثم جاء آخر فادعى اللقطة ووصفها فهي لمن أخذها بالأسبقية لأنهما استويا في وصف اللقطة ويد الأول سبقت إليها فهي له.

فإن قاما معاً فادعى أحدهما اللقطة ووصفها وادعاهما الآخر وأقام عليها البينة فإنها تعطى لصاحب البينة لأنها أقوى من الوصف، فإن كان الوأصف أخذها انتزعت منه وردت إلى صاحب البينة لأننا تبينا أنها له.

فإن جاء كل واحد منهما بالوصف واستويا في ذلك فعند الحنابلة^(١)، يقرع بينهما فمن وقعت له القرعة حلف أنها له وسلمت إليه، وكذلك يقرع بينهما إذا أقاما بينتين فمن وقعت له القرعة حلف ودفعته إليه.

وقال المالكية، والشافعية، ورواية عند الحنابلة^(٢) تقسم اللقطة بينهما لأنهما تساويا فيما يستحق به الدفع وهو الوصف، وكذلك إذا تساوت البينتان تساقطتا وتقسم بينهما.

فإن تساوت البينات وكانت اللقطة بيد أحدهما فهي لمن في يده مع اليمين فإن نكل حلف الآخر وأخذها فإن نكل فهي للأول بلا يمين لأن اليد شاهدة له والراجح القول بالقرعة كما إذا تداعيا عينا في يد غيرهما وتساويا في البينة أو في عدمها فتكون لمن وقعت له القرعة وكذلك لو ادعيا وديعة في يد إنسان آخر.

(١) المغني (٥/٧١٠).

(٢) بداية المجتهد (٢/٢٤٩)، الذخيرة (٩/١١٩، ١٢٠)، مغني المحتاج (٢/٤١٦).

فإن كانت يد كل منهما على نصفها فتقسم بينهما ويرجح قول كل واحد منهما تغليباً لليد^(١).

فإن اختلفا في الوصف.

فإن زاد أحدهما في الوصف عن الآخر قضى له بها مثل أن يصف العفاص والوكاء ويزيد العدد والسكة أو غير ذلك، فإذا اختلف الوصفان بأن وصف أحدهما العفاص والوكاء ووصف الآخر العدد والسكة فقليل القول قول واصف العفاص والوكاء، لأنه ظاهر الحديث.

وقيل يقتسمان اللقطة بينهما، وهو أرجح الأقوال لأن معرفة الباطن وهو العدد والسكة أقوى فيعارض ظاهر الحديث^(٢). فإن دفعها الملتقط لمن لم يصفها ولم يقم عليها بينة ثم جاء آخر فوصفها أو أقام عليها البينة لزم الملتقط غرامتها لأنه فوقها على مالها بتفريطه.

وقيل يرجع إلى الآخذ لأنه أخذ مال غيره بدون وجه حق فإذا لم يدعيها أحد بعد الآخذ بدون وصف ولا بينة فإن الملتقط له مطالبة الآخذ بها لأنه لا يأمن من مجئ صاحبها فيغرمه إياها ولأنها أمانة في يده^(٣) فيملك أخذها من غاصبها كالوديعة^(٤).

(١) المراجع السابقة.

(٢) الذخيرة (١٢١/٩).

(٣) وعلى ذلك فإن تلفت اللقطة في يد الملتقط بغير تفريط منه أو نقصت أو تعيت فلا ضمان عليه كالوديعة لأن يده يد أمانة فلا يضمن، فإن أ تلفها الملتقط أو تلفت بتفريط منه أو تعد ضمنها بمثلها إن كانت من ذوات المثل وبقيمتها إن لم يكن لها مثل. المغني (٧١٢/٥).

(٤) وعلى ذلك فتنتهي المنازعة في اللقطة إذا ادعاهما أكثر من واحد بالحكم لمن هو أقوى البيتين فإذا تساوت أقرع بينهما على القول الراجح. المغني (٧١١/٥، ٧١٢).

المبحث الرابع

تعريف اللقيط واشتراطه البيئته في دعوى نسب اللقيط

أما اللقيط: اسم لحي مولود يطرحه أهله خوفاً من العيلة والفقر، أو فراراً من قهمة الريبة^(١).

وسمي ملقوطة باعتبار أنه يلقط.

ومنبوذاً باعتبار أنه ينبذ إذا القى في الطريق، والمنبوذ المطروح قال

تعالى: ﴿فَنَبَذُوهُ وَرَاءَ ظُهُورِهِمْ﴾ [آل عمران: ١٨٧].

وهذا الطفل اللقيط لا يعرف نسبه.

وإن من أهم الميزات التي ميز الله بها الإنسان الانتساب إلى أب معلوم وأم معلومة، وليست هذه الميزة لغير الإنسان فلا زواج ولا أنساب بين سائر الحيوانات والطيور والدواب والأنعام، وليس ذلك إلا للإنسان المفضل المكرم قال تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا﴾ [الفرقان: ٥٤].

والنسب شرف بني الإنسان وبه أرحامهم، وذمتهم، وبشرف النسب تعلو منزلة الشخص بين الناس وبغير النسب تنحط هذه المنزلة لذلك قال النبي ﷺ: «خرجت من نكاح ولم أخرج من سفاح من لدن آدم إلى أن ولدني أبي وأمي ولم يصبني من سفاح الجاهلية شيء»^(٢).

(١) المبسوط (١٠/٢٠٩).

(٢) السنن الكبرى للبيهقي (٧/١٦٠) ط/ بيروت، الطبقات الكبرى (١/٣٢).

وقد يضيع نسب إنسان بسبب من الأسباب لا يملك أحد له دفعاً كالوليد الذي يوجد مطروحاً في طريق لا يعرف فيه أهله ولا سبب طرحه.

ولقد كان للشريعة الإسلامية النظام الكامل المحكم لعلاج هذه الظاهرة، والحلول لكثير من المشاكل التي تطرأ بسبب هذه الظاهرة.

فلما كان نسب الإنسان على تلك الدرجة الهامة فإن أي دعوى تقام لضم اللقيط إلى نسب المدعي تقبل إذا كانت في صالح اللقيط.

وأما اشتراط البينة في دعوى نسب اللقيط:

فالقول المشهور عند المالكية أنه لا بد من البينة لإثبات نسب اللقيط، أو وجه يفيد الظن بصدقة.

وذلك لأن المدعي يدعي أمراً يحتمل الوجود والعدم، والصدق والكذب فلا بد من مرجح ولا مرجح إلا بالبينة فإذا لم توجد البينة فلا يجوز ثبوت النسب بدونها^(١).

أما الأحناف والشافعية والحنابلة وأشهب من المالكية قالوا إن نسب اللقيط يثبت بدون بينة بمجرد الدعوى على خلاف في التفاصيل.

فالأحناف قالوا: إن إثبات نسب اللقيط بدون بينة استحسان والقياس ألا يثبت إلا بالبينة لأنه يتضمن إبطال حق ثابت بمجرد الدعوى وهو حق الحفظ الثابت للملتقط وحق الولاء الثابت لعامة المسلمين.

(١) الذخيرة (١٣٥/٩)، بلغة السالك (٣٢٧/٢، ٣٢٨).

ولكنه جاز استحساناً لأنه إقرار للصبي بما ينفعه، لأنه يتشرف بالنسب ويتأذى بانقطاعه إذ يعير به، ويحصل له به من يقوم بتربيته ومؤنته راغباً في ذلك غير ممتن به.

ويد الملتقط ما اعتبرت إلا بحصول مصلحته هذه لا لذاتها ولا لاستحقاق ملك، وبطلان يد الملتقط عليه مترتباً على وجوب إيصال هذا النفع إليه؛ لأن الأب أحق بكونه في يده من الأجنبي، وصار كشهادة القابلة على الولادة تصح ثم يترتب عليها استحقاق الميراث^(١).

والشافعية والحنابلة قالوا: إنه إن ادعاه وكان هذا اللقيط يمكن أن يولد منه فإن دعواه تسمع ولو بغير بينة ويثبت نسب اللقيط منه^(٢).

وذلك لأن الإقرار محض نفع للطفل لاتصال نسبه، ولا مضرة إلى غيره فيه، فيقبل كما لو أقر له بمال^(٣).

والراجح القول الثاني تغليباً لمصلحة الطفل بإلحاق نسبه إلى شخص، ما لم يظهر له مدع معه بينة قوية على أنه ابنه فيدفع إليه.

(١) وقيل يثبت نسبة من المدعي ويكون في يد الملتقط للجمع بين المنفعتين وهو ضعيف، يراجع في مذهب الأحناف بدائع الصنائع (١٩٩/٦)، شرح فتح القدير (١١١/٦، ١١٢).

(٢) مغني المحتاج (٤٢٨/٢)، تكملة المجموع (٥٥٣/١٤)، المغني (٧٦٣/٥)، العدة (ص ٢٥٩)، القوانين الفقهية (ص ٢٩٤)، الذخيرة (١٣٠/٩).

(٣) المغني (٧٦٣/٥).

المبحث الخامس

التنازع في نسب اللقيط، ووسائل إنجائه

قد يكون ادعاء نسب اللقيط ممن التقطه أو من غيره وفي كل إما أن يكون المدعي واحد أو أكثر.

المطلب الأول: ادعاء من التقطه نسبه:

فإن كان ادعاء نسب اللقيط ممن التقطه فإن كان واحداً فإنه يقر في يده ولو بدون بينة على الراجح، حيث لم ينازعه أحد في نسب الطفل لما في ذلك من مصلحة الطفل اللقيط بإلحاقه بالمدعي، ولأن للملتقط الولاية على اللقيط فيترجح جانبه وهو أولى الناس به واليد له فيكون أولى. فإن كان المدعي [الملتقط] أكثر من واحد فلا يخلو ذلك من أربعة أحوال:

(١) أن يكون أحدهما ممن يقر اللقيط في يده كالمسلم العدل الحر، والآخر ممن لا يقر في يده كالكافر إذا كان اللقيط مسلماً والفاسق والعبد.

فإن اللقيط في هذه الحالة يسلم إلى من يقر في يده، وتكون المشاركة في الالتقاط كعدمها لأن الكافر والفاسق والعبد إذا التقطه وحده لم يقر في يده، فإذا شاركه من هو من أهل الالتقاط فهو أولى.

(٢) أن يكونا جميعاً ممن لا يقر في يدي واحد منهما، فإنه يترع منهما ويسلم إلى غيرهما.

(٣) أن يكون كل واحد منهما ممن يقر في يده إن انفرد إلا أن أحدهما أحظ للقيط من الآخر، مثل أن يكون موسراً والآخر معسراً فالموسر أحق لأن ذلك أحظ للطفل.

وكذلك يقدم الجواد على البخيل لأن حظ الطفل عنده أكثر من الجهة التي يحصل له الحظ فيها باليسار، وربما تخلق بأخلاقه وتعلم من جوده.
(٤) فإن تساويا في كل شيء فهما سواء فإن رضي أحدهما بإسقاط حقه وتسليمه إلى صاحبه جاز وينتهي بذلك النزاع لأن الحق له فلا يمنع من الإيثار به.

وإلا أقرع بينهما لقوله تعالى: ﴿وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾ [آل عمران: ٤٤].

ولأنه لا يمكن كونه عندهما لأنه لا يمكن أن يكون عندهما في حالة واحدة، ولا يمكن أن يجعل عند كل واحد يوماً أو أكثر لما في ذلك من إضرار بالطفل لأنه تختلف عليه الأغذية، والإنس، والألفة^(١).

ولا يمكن دفعه إلى أحدهما دون الآخر بغير قرعة لأن حقهما متساو فتعين أحدهما بالتحكم لا يجوز الإقراع بينهما.

فإذا اختلفا فقال كل واحد منهما أنا التقطه ولا بينة لأحدهما فإن كان في يد أحدهما فالقول قول واضع اليد مع يمينه أنه التقطه.

فإن كان في أيديهما أقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف وسلم إليه وهذا كله حيث لا بينة لأحدهما وإلا عمل بالبينة فإن لم يكن في يد واحد منهما معاً فإن الحاكم يسلمه إلى من يرى منهما أو من غيرهما^(٢).

(١) المغني (٥/٧٥٩، ٧٦٠، ٧٦١).

(٢) المغني (٥/٧٦١، ٧٦٢).

المطلب الثاني: إدعاء غير من التقطه نسبه:

فإن كان إدعاء نسب اللقيط من غير من التقطه فإن إدعاء واحد فإن كان رجلاً حرّاً مسلماً لحق نسبه بغير خلاف إذا أمكن أن يكون منه لأن الإقرار محض نفع للطفل لاتصال نسبه ولا مضرة على غيره فيه، فيقبل كما لو أقر له بمال، فإن ادعاء اثنان فصاعداً يثبت النسب منهما فلو سبق أحدهما بالدعوى فهو للسابق ولا تقبل دعوى الآخر بعد ذلك إلا أن يقيم الآخر بينة أنه ابنه، فإن كان أحدهما مسلماً والآخر ذمياً، أو أحدهما حر والآخر عبد فالجمهور على التسوية بينهما ولا يترجح أحدهما إلا بالقافة^(١).

لأن كل واحد منهما لو انفرد صحت دعواه فإن كل واحد منهما أهل للاستحقاق فلا مزية لأحدهما على الآخر^(٢).

وقال الأحناف: إن الحر أولى من العبد، والمسلم أولى من الذمي ترجيحاً لما هو الأنظر والأفضل في حق اللقيط والراجح الأول^(٣).

فينتهي هذا النزاع بالعرض على القائف ويلحقه بمن يراه متوافقاً ومتشابهاً معه فإن كان لأحدهما بينة فهو ابنه، وإن أقاما بينتين تعارضتا

(١) وهم قوم يعرفون الإنسان بالشبه، ولا يختص ذلك بطائفة معينة بل كل من يستطيع معرفة ذلك يكون قائفاً ولا بد أن يكون القائف ذكراً عدلاً مجرباً في الإصابة.

(٢) المجموع (١٤/٥٥٣)، المغني (٥/٧٦٦).

(٣) شرح فتح القدير (٦/١١٥)، بدائع الصنائع (٦/١٩٩)، مغني المحتاج (٢/٤٢٨).

وسقطتا، ولا يمكن قسمته بينهما والقرعة لا يثبت بها النسب، فالحل عرضه على القافة فتلحقه بمن الحقته به منهما.

وقال الأحناف: بل يلحق بهما معاً لأن حكم القافة تعويل على مجرد الشبه والظن والتخمين فإن الشبه قد يوجد بين الأجانب وقد ينتفي بين الأقارب. ولأنهما استويا في سبب الاستحقاق وهو الدعوى ولا يلحق بأكثر من اثنين عند أبي يوسف، وعند محمد بن الحسن لا يلحق بأكثر من ثلاثة، وقال أبو حنيفة تسمع الدعوى من خمسة، وقال الإمام أحمد في رواية أنه يلحق بمن الحقته القافة وإن كثروا^(١).

والقافة كان لها دور عظيم في حل كثير من المنازعات والخلافات والمشاكل التي كانت تحصل في ادعاء النسب في القديم وقد استند الفقهاء في ذلك بما روي أن النبي ﷺ أقر ما انتهى إليه القائف في قصة أسامة^(٢) وأبيه زيد بن حارثة^(٣) عندما نظر القائف إلى أقدام أسامة وأبيه زيد بن حارثة وهما خلف ستارة من قطيفة ولم يكن يعرفهما ثم قال هذه الأقدام

(١) شرح فتح القدير (١١٣/٦)، بدائع الصنائع (٢٠٠/٦) المغني (٧٧٢/٥).

(٢) أسامة بن زيد بن حارثة بن شراحيل أمه أم أيمن حاضنة النبي ﷺ لم يبايع علياً ولا شهد معه شيئاً من حروبه وتوفي في آخر أيام معاوية سنة ٥٨هـ وقيل سنة ٥٤هـ. أسد الغابة (٧٩/١).

(٣) زيد بن حارثة أبو أسامة وهو مولى رسول الله ﷺ وهو حب رسول الله وكان يلقب بزید بن محمد حتى نزل قول الله تعالى: ﴿ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ﴾. أسد الغابة (٢٨١/٢).

بعضها من بعض^(١).

وإذا كانت الشريعة الإسلامية أقرت العلوم التجريبية للدلالة على إثبات النسب بالطرق الظاهرة المعروفة بالقافة فهي بالطرق العلمية الموثقة أكثر إقراراً وحجية.

وقد تطور العلم الحديث في معرفة الصفات الوراثية عن طريق تحليل الدم ومعرفة الجين الوراثي للإنسان المعروف بـ (D.N.A). فإن الأبحاث العلمية أثبتت أن الصفات الوراثية للأولاد سواء كانوا ذكوراً وإناثاً أصلها من الأب والأم. وهذه التحاليل جعلت إمكانية الخطأ في إثبات أو نفي الأبوة أمراً صعباً جداً. فإن الاختبار الوراثي الذي يظهر البصمة الوراثية يكون أولى بالأخذ من قول القائف الذي يؤخذ بقوله بناء على الظن الغالب. فإذا وجد طفل لقيط أو مجهول النسب تنازعه اثنان أو أكثر فيمكن اللجوء في هذه الحالة إلى إجراء الاختبار الوراثي للتعرف على الجينات التي تبين إلى أي الرجلين المدعين ينتمي هذا الطفل اللقيط^(٢) وبهذا ينتهي النزاع في اللقيط ويلحق بمن يثق في أبوته.

والله أعلى وأعلم بالصواب

والحمد لله أولاً وآخراً

(١) رواه البخاري كتاب المناقب باب فضائل الصحابة مناقب زيد بن حارثة (٢٩/٥) ط/ الشعب، مسلم في كتاب الرضاع باب العمل بإلحاق القائف الولد رقم (١٤٥٩)، (١٠٨٢/٢) بيروت.

(٢) قضايا فقهية معاصرة بحث في إثبات النسب بالبصمة الوراثية للدكتور محمد رأفت عثمان (ص ٥٢، ٦٦) نقلاً عن بحث اللقيط وأحكامه الدكتور عبد الجواد خلف بحولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية بتصرف.

الخاتمة

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

خاتمة البحث

الحمد لله على نعمه المتواترة التي لا تحصى ولا تعد، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، شهادة أعدها للنجاة من أهوال الآخرة بها ترفع النقم وتثبت النعم وتزاح الظلم، وأشهد أن سيدنا محمد عبده ورسوله النبي الأمي الذي علم المتعلمين وعلى آله وأصحابه ومن عاونهم وناصره.

أما بعد

فهذا جهدي المتواضع الذي واصلت فيه الليل بالنهار حتى وصل إلى هذه الصورة، ولست أدعي أنني قدمت كل ما يجب فذلك جهد لا يستطيعه فرد واحد ولكني حاولت «وكان الإخلاص رائدي، والأمانة وسيلتي» أن أبحث، واستنبط، واستخرج، وأرتب، وأجمع النظر بالنظر والشبيه بالشبيه محاولاً بذلك إجلاء محاسن الشريعة قدر استطاعتي وكما قيل:

قلما يخلص مؤلف من الهفوات أو ينجو مؤلف من العثرات
فإن أكن قد وفقت فمنة من الله الواحد المنان، وإن كانت الأخرى
فمني ومن الشيطان، وحسبي نية خالصة، وجهد مبذول والله الموفق.

ولقد توصلت من خلال هذا البحث إلى كثير من النتائج أهمها:

(١) أنه من الواجب على الدولة المسلمة مراعاة حقوق الله تعالى من الحدود والتعزيرات، والكفارات، والزكاة فتستوفيها ممن وجبت عليه، وكذلك بتمكين العباد من استيفاء حقوقهم عن طريق القضاء إذا لزم الأمر ذلك وذلك بسرعة التقاضي وضبط المحاكم وعدالة الشرطة، وغرس مفاهيم الدين في نفوس الناس حتى يتعدوا عن كل منكر، أو جريمة، أو

نزاع وخصومة، من شأنه إهدار حق الغير فإن على كل واحد أن يبادر بوفاء الحق الذي عليه بوزاع ديني.

(٢) أن إنهاء النزاعات والخلافات بالوسائل المبنية على الرضا أولى وأفضل من اللجوء للقضاء وإنهاء المنازعات عن طريقه، لأن إنهاءها بالوسائل السلمية من شأنه أن يديم المحبة، ويرفع النزاع من أصله ويكون مكانه الحب والوفاق، فإن مبدأ التسوية السلمية للمنازعات مبدأ هام وجدير بالتقدير، وهو منصوص عليه في الشريعة الإسلامية.

(٣) إنما تنتهي الخصومات إذا ما التزم كل فرد بما عليه من حقوق وواجبات تجاه الآخرين، فإن التقصير أو التفريط في هذه الواجبات من شأنه أن يوسع هوة الخلاف ودائرة النزاع.

(٤) إنما يكون صلاح الأمم بصلاح أفرادها، ولا يكون صلاح للأفراد إلا باتحادهم وائتلافهم وتضامنهم وسبيل ذلك المحبة والمودة والرحمة التي يجب أن تسود في المجتمع المسلم فتقضي على كل خلاف وترفع كل نزاع.

(٥) أن الإسلام أقام المجتمع المسلم على أسس وقواعد توحد اتجاهاتهم وتقوي صفوفهم وتحملهم على التعاون والبر والتراحم ليكون المجتمع المسلم مجتمعاً فاضلاً مثالياً، فإذا ما حافظ المسلمون على هذه الأسس ساد الاستقرار والطمأنينة، وإنما يكون الخلاف والنزاع والشقاق بالخروج عن هذه الأسس والقواعد، ولا يرفع إلا بالعودة إليها.

(٦) إن الوفاة مع أنها تنهي الخصومة والمنازعة بين طرفي الخصومة لأن الخصومة حينئذ لا تكون ذات غرض صحيح فلا مصلحة حينئذ في السير في الدعوى، إلا أن الحق المتنازع عليه قد لا يسقط بالوفاة بل تنتقل المطالبة للورثة وخصوصاً إذا كان الحق مالاً أو ما يؤول إلى المال.

(٧) أن الفقهاء لم يسقطوا الحق بالتقادم وإنما لم يجز بعضهم المطالبة بالحق بعد مضي مدة معينة وخصوصاً إذا كان صاحبه حاضراً، ولا يمنعه من المطالبة مانع، وذلك لأن الدعوى في مثل هذه الظروف دعوى يكذبها الظاهر.

(٨) أن من حق الدولة مصادرة بعض الأموال من أيدي أصحابها، وأن لولي الأمر الاجتهاد في تقديرها حسب ضررها على المجتمع وغير ذلك.

(٩) نظراً لمكانة البيع وضرورته في الحياة فإن الشريعة الإسلامية وضعت له كثيراً من الضوابط والأسس التي تضمن سلامته من التزاع والخلاف فوضعت لذلك وسائل لتفادي التزاع في البيع قبل وقوعه بأن شرعت الخيارات، ثم وسائل لرفع التزاع بعد وقوعه حسب صورة كل نزاع، كما أجازت لكل واحد من المتبايعين فسخ البيع برضا الطرف الآخر، أو كان ذلك بعد التحالف وكذلك جواز إقالة البائع للمشتري وراعت في كل ذلك مصلحة المتبايعين، ورفع الضرر عنهما وتحقيق الرضا منهما.

(١٠) ليست المقاصة في الديون تعني بيع الدين بالدين لأن هذا منهي عنه وإنما معناها متاركة الدين بالدين ففيها استيفاء ومعاوضة، وفائدتها إبراء الذمتين معاً وإبراء الذمم من مقاصد الشريعة.

(١١) حرصت الشريعة الإسلامية على رفع الضرر عن الطرفين معاً لذلك أجازت أخذ الحق بالظفر به بشرط ألا يترتب على ذلك ضرر أكبر منه، لأن الضرر الأكبر يرفع بالضرر الأقل، وألا يكون ذلك الحق قد تعلق به حق الغير وهذا من مميزات الشريعة الإسلامية.

(١٢) نظراً لمكانة الأسرة، ومدى أهمية مسئوليتها، ورسالتها في الحياة أولها الإسلام عناية خاصة تتلائم وتتوافق مع تلك المكانة فوضع الأسس

التي تدعم كيانها وتكفل لها القيام برسالتها على أكمل وجه، فإذا ما التزم الزوجان هذه الأسس دامت الحياة بينهما، وما حدث الخلاف والشقاق إلا بسبب ضياع هذه الأسس وغياب هذه القواعد، ولقد حرصت الشريعة الإسلامية على تفادي النزاع ورفعها وهو ما زال في مهده الأول بين الزوجين قبل أن يتسع ويخرج إلى نطاق الأهل فلا يستطيعان السيطرة عليه، وقد أناط المجتمع بوسائل يجب عليه القيام بها حيال الأسرة لرفع النزاع، وإعادة المحبة والألفة والعشرة الحسنة إلى عهدهما السابق حفاظاً على الأسرة وعلى الأطفال، فإذا لم تنفع هذه الوسائل كان لا بد من استعمال آخر الوسائل التي وضعها الله لذلك لرفع هذه الحياة لا فائدة فيها.

(١٣) لم يكثر الفساد في المجتمع ولم يكثر القتل والقتال إلا بسبب البعد عما شرعه الله وجعله حياة للنفوس، ولم تكثر حوادث النار التي يروح ضحيتها العشرات إلا بسبب عدم الأخذ بالقصاص الذي أحله الله وشرعه، وإذا كان القصاص رافعاً للنزاع، فإن الله شرع العفو عن القصاص إلى أخذ الدية، والعفو مجاناً، ورحمة بالأمة وحرصاً على أن تكون المودة بين أفرادها موصولة، والرحمة دائمة.

(١٤) لقد حمت الشريعة الإسلامية حق العمال، وحافظت عليه، وأوجبت على أصحاب الأعمال توفية العمال حقوقهم بعد إنجاز ما يكلفون به من الأعمال، فإذا ماطل أصحاب الأعمال في هذا، فقد وضعت الشريعة الإسلامية الوسائل المتعددة لحماية العامل، والمحافظة على حقوقه، ورتبت الجزاءات على أصحاب الأعمال الذين يماطلون في دفع أجور العمال، أو إنهاء عقودهم إنهاءً تعسفياً.

(١٥) أن الشريعة الإسلامية بهذه الوسائل التي وضعتها لإنهاء النزاع بين الأفراد ضربت أروع الأمثلة، وأثبتت أنها شريعة صالحة لكل زمان

ومكان بعكس ما يدعيه أعداؤها بأنها لا تتلائم مع تلك العصور التي يسمونها متحضرة.

وكيف ذلك؟ وقد أخذ واضعوا القوانين أحكاماً منها من موطأ الإمام مالك ومختصر الشيخ خليل بن إسحاق في عدة مواضع من الأحوال الشخصية لما رأوه من عالميتها وشمولها لجميع جوانب الحياة وأنها شريعة الله الخالق ﴿أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ﴾ [الملك: ١٤].

﴿رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نُسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إَصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ^ط وَاعْفُ عَنَّا وَاعْفِرْ لَنَا وَارْحَمْنَا أَنْتَ مَوْلَانَا فَانصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ﴾ [البقرة: ٢٨٦].

﴿رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ﴾ [النمل: ١٩].

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

رَفْعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الفهارس

- ١ - فهرس الآيات القرآنية
- ٢ - فهرس الأحاديث القدسية والنبوية والآثار
- ٣ - فهرس الأعلام
- ٤ - فهرس المراجع
- ٥ - فهرس الموضوعات

فهرس الآيات القرآنية

اسم السورة	رقم الآية	الصفحة
سورة البقرة		
إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً ...	٣٠	٤٤٥
يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ	١٧٨	٥١٢
فَمَنْ عَفَى لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ	١٧٨	٥١٥
فَمَنْ آعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ	١٧٨	٥١٤
وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَتَأُولَى الْآلَبِ	١٧٩	٥١٢
كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ	١٨٠	٥٥٥
وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ	١٨٨	٢٣٥
فَمَنْ آعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَآعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا آعْتَدَى عَلَيْكُمْ	١٩٤	٣٢٦
وَلَا تُلْقُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ	١٩٥	٥٤٢
يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا آذْخُلُوا فِي السِّلْمِ كَآفَّةً	٢٠٨	٥٤
وَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ	٢٢٨	٤٤٩
وَالْمُطَلَّقَتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ	٢٢٨	٤٨٣
فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ	٢٢٩	٤٧٧
الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَاِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَنٍ	٢٢٩	٤٨٦
فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ	٢٣٠	٤٨٢
وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ	٢٣٧	٤٩٥

١١٠	٢٧٥	وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَاُ
٢٥٧	٢٨٠	وَإِنْ كَانَتْ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ
١٨١	٢٨٢	يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ
٣٠٢	٢٨٣	فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمْنَتَهُ
٢٩	٢٨٦	رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِنْ نُسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا
سورة آل عمران		
٢٩	٨	رَبَّنَا لَا تُزِغْ قُلُوبَنَا بَعْدَ إِذْ هَدَيْتَنَا
٦٣٩	٤٤	وَمَا كُنْتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ
٤٨	١٠٣	وَأَعْتَصِمُوا بِحَبْلِ اللَّهِ جَمِيعًا وَلَا تَفَرَّقُوا
٤٩	١٠٣	وَاذْكُرُوا نِعْمَتَ اللَّهِ عَلَيْكُمْ إِذْ كُنْتُمْ أَعْدَاءً فَأَلَّفَ بَيْنَ قُلُوبِكُمْ
٥٠	١٣٤	الَّذِينَ يَنْفِقُونَ فِي السَّرَّاءِ وَالضَّرَّاءِ وَالْكُظُمِينَ الْغَيْظِ
٢٩٥	١٣٣	وَسَارِعُوا إِلَى مَغْفِرَةٍ مِّن رَّبِّكُمْ
٦٣٥	١٨٧	فَتَبَذُوهُ وَرَاءَ ظُهُورِهِمْ
سورة النساء		
٤٥١	٤	وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَتَيْنِ نَحْلَةً
٤٩٦	٤	فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا
٥٧٨	٥	وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَمًا
٥٧٩	٦	وَابْتُلُوا الَّتِي تَمَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ
٥٥٥	١١	مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينَ

٤٤٨	١٩	وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ^٤
٤٨٠	١٩	يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَرِثُوا النِّسَاءَ كَرِهًا
٤٧٩	٢٠	وَأِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَاتٍ زَوْجٍ
٩٣	٢٩	يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ
٥٤٤	٢٩	وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ ^٥
٤٥٠	٣٤	الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ
٤٥٥	٣٤	وَالَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ ^٦
٤٥٥	٣٤	فَعِظُوهُنَّ ^٦ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ ^٧
٤٦٢	٣٤	فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا ^٨
٣٥١	٣٥	فَابْتَغُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا
٣٠٢	٥٨	إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا
١٣	٥٩	فَإِنْ تَنَزَّعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ
١٣	٦٥	فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ
٥٢١	٩٢	وَمَا كَانَتْ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَاً ^٩
٥١١	٩٣	وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا ...
٢١٣	١١٤	لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِّنْ نَّجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ ...
٢١٩	١٢٨	وَأِنْ أَمْرًا خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا
٥٥	١٤٨	لَا تُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظَلَمَ ^{١٠}

سورة المائدة		
٣١١	١	يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ^٤
١٦٩	٢	وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ^٥
٥٢٠	٣٢	مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَءِيلَ أَنَّهُ ...
٥١٦	٣٢	وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا ^٦
٥١٧	٣٣	إِنَّمَا جَزَاءُ الَّذِينَ يُحَارِبُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَسْعَوْنَ فِي الْأَرْضِ فَسَادًا أَنْ يُقَتَّلُوا ^٧
٣٥١	٤٢	فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ ^٨
٥١٣	٤٥	وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ ^٩
٥١٥	٤٥	فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ ^{١٠}
٣٥٢	٩٥	تَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدْيًا بَلِغَ الْكَعْبَةِ ^{١١}
٣٦٠	١٠٣	مَا جَعَلَ اللَّهُ مِنْ نَجْدٍ وَلَا سَابِغَةٍ وَلَا وَصِيلَةٍ وَلَا حَامٍ ^{١٢} ...
سورة الأنعام		
٣١١	١٥٢	وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ^{١٣}
سورة الأعراف		
٥٥	١٩٩	خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ^{١٤}
سورة الأنفال		
١٣	٤٦	وَلَا تَنَزَعُوا فَتَفْشَلُوا وَتَذْهَبَ رِجَالُكُمْ ^{١٥}
سورة التوبة		
٣١٢	١٠	لَا يَرْقُبُونَ فِي مُؤْمِنٍ إِلَّا وَلَا ذِمَّةً ^{١٦}
٣١١	١١١	وَمَنْ أَوْفَى بِعَهْدِهِ مِنَ اللَّهِ ^{١٧}
١٠٥	٨٠	أَسْتَغْفِرَ لَهُمْ أَوْ لَا تَسْتَغْفِرَ لَهُمْ ^{١٨}

سورة النحل		
٤٧	١٠٦	مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيْمَانِهِ إِلَّا مَنْ أَكْرَهَ
٤٨	١٢٥	أَدْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحُكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ
٣٢٦	١٢٦	وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ
سورة الإسراء		
٥١١	٣٣	وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ
سورة الكهف		
٤٢٥	٧٧	قَالَ لَوْ شِئْتَ لَتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا
سورة الأنبياء		
١٤	١٠٧	وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ
سورة الحج		
٣٤٩	١٩	هَٰذَا نَ حَصْمَانُ أَخْتَصِمُوا فِي رَبِّهِمْ
٢٠٢	٧٧	وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ
سورة المؤمنون		
٣٠٢	٣	وَالَّذِينَ هُمْ عَنِ اللَّغْوِ مُعْرِضُونَ
سورة النور		
٢٩٥	٢٢	وَلْيَعْفُوا وَلْيَصْفَحُوا
سورة الفرقان		
٦٣٥	٥٤	وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَجَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا
سورة النمل		
٦٤٩	١٩	رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ

سورة القصص		
٤٢٧	٢٦	قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَأْتِيَنَّكَ اسْتَعْجِرُهُ
٤٣٣	٢٧	عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَنِي حِجَجٍ
سورة الروم		
٤٤٧	٢١	وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا
سورة الأحزاب		
٥٧	٢١	لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ
سورة سبأ		
١٤	٢٨	وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا كَافَّةً لِلنَّاسِ بَشِيرًا وَنَذِيرًا
سورة فاطر		
١١	٢٨	إِنَّمَا تَخْشَى اللَّهَ مِنْ عِبَادِهِ الْعُلَمَاءُ
سورة ص		
٦٠٤	٢٤	وَإِنْ كَثِيرًا مِنْ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ
سورة الزمر		
٦٣	٤٢	اللَّهُ يَتَوَفَّى الْأَنْفُسَ حِينَ مَوْتِهَا
سورة فصلت		
٥٥	٣٤	أَدْفَعْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ فَإِذَا الَّذِي بَيْنَكَ وَبَيْنَهُ عَدَاوَةٌ
٣٢	٤٦	وَمَا رَبُّكَ بِظَلَمٍ لِلْعَبِيدِ
سورة الشورى		
٣٢٦	٤٠	وَجَزَّوْا سَيِّئَةً سَيِّئَةً مِثْلُهَا

سورة الحجرات		
٢٢٠	٩	وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا
٥٤	١٠	إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ
٥٧	١٠	فَأَصْلَحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ
٥٥	١٢	يَتَأَيَّأُ الَّذِينَ ءَامَنُوا أَجْتَنِبُوا كَثِيرًا مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ
سورة الطلاق		
٤٢٦	٦	فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَتَاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ
٤٥٢	٦	أَسْكِنُوهُنَّ مِمَّنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ
٥٠٠	٦	وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمَلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ
٤٥٢	٧	لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ
سورة التحريم		
٤٤٦	٥	عَسَى رَبُّهُ إِنْ طَلَّقَكُنَّ أَنْ يُبَدِّلَهُ أَزْوَاجًا خَيْرًا مِّنْكَ
سورة الملك		
٦٤٩	١٤	أَلَا يَعْلَمُ مَنْ خَلَقَ وَهُوَ اللَّطِيفُ الْخَبِيرُ
سورة المعارج		
٣١١	٣٢	وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمْتِنَتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ

فهرس الأحاديث القدسية والنبوية والآثار

رقم الصفحة	الحديث
	(أ)
٥١١	«اجتنبوا السبع الموبقات»
٣٠٢	«أد الأمانة لمن أئتمنك»
١٥٢	«إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة ولا بينة لأحدهما تحالفا»
١٥٥	«إذا اختلف المتبايعان والمبيع قائم فالقول ما قال البائع»
٣١٤	«إذا بعث فكل وإذا ابتعت فاكتل»
٩٢	«إذا تباع الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا»
٤٤٧	«إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه»
٤٩٢	«إذا طلق الرجل امرأته فلا تحل له حتى تنكح زوجاً غيره»
٣٧٩	«إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرقن علفها»
١٤٤	«أرأيت إن منع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه»
٥٢٣	«اعتقوا عنه رقبة يعتق الله بكل عضو فيها عضواً»
٦١٩	«أعطوا الأجير حقه قبل أن يجف عرقه»
٥٣٥	«اقتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر»
٦٠٤	«أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه»
٤٨٦	«أن ابن عمر طلق زوجته وهي حائض»
١٣٠	«أن ابن عمر قد باع غلاماً على البراءة»
٩٣	«أن ابن عمر كان إذا تباع مشى قليلاً ليلزم البيع»
٣١٤	«أن ابن عمر قال كنا نشترى الطعام من الركبان جزافاً»
٢٣٧	«أن أعرابياً قال يا رسول الله اقضي بيننا بكتاب الله»

٢٩٠	«أن جابر بن عبد الله قال قتل أبي وعليه دين»
٥٨٠	«أن رجلاً أصيب على عهد رسول الله في ثمار ابتاعها»
٥٦٠	«أن رجلاً أعتق في مرضه ستة عبيد»
٤٧٠	«أن رجلاً وامرأة أتيا علياً كرم الله وجهه»
٣٨٩	«أن رجلاً رهن فرساً له فنفق في يده»
٤٧٨	«أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي ﷺ»
٤٨٢	«أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت من زوجها»
٤٦٤	«أن سودة بنت زمعة رضي الله عنها قالت للنبي ﷺ والذي بعثك بالحق مالي في الرجال حاجة»
٤٦٥	«أن صفية رضي الله عنها قالت لعائشة أصلحي بيني وبين رسول الله ﷺ»
١١١	«أن عثمان وطلحة تبايعا دارين»
٣٢٧	«أن عقبة بن عامر قال قلنا يا رسول الله إنك تبعثنا فنترل بقوم لا يقرؤنا»
٢٠٣	«أن النبي ﷺ استسلف من رجل بكرة»
٣١٧	«أن النبي ﷺ حبس رجلاً في قهقهة»
٥٧٩	«أن النبي ﷺ حجر على معاذ ماله وباعه في دين كان عليه»
١٧١	«أن النبي ﷺ دخل السوق فقال: لا يفترق البائعان إلا عن تراض»
٣٥٢	«أن النبي ﷺ رضي بتحكيم سعد بن معاذ في أمر اليهود»
٣٥٢	«أن النبي ﷺ قال لأبي شريح إن الله هو الحكم»
٦٤١	«أن النبي ﷺ قد أقر ما انتهى إليه القائف»
٥٥٦	«أن النبي ﷺ قال إن الله تبارك وتعالى تصدق عليكم بثلاث أموالكم»

١٨٢	«أن النبي ﷺ قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار»
١٢٢	«أن النبي ﷺ قضى برد غلام ابتاعه رجل»
٤٢٨	«أن النبي ﷺ وأبا بكر استأجرا رجلاً من بني الديلي»
٧٧	«إنا آخذوها وشطر ماله عزمه من عزمات ربنا»
٥٩	«إن اليهود كانوا يسلمون على النبي...»
٥١٢	«أول ما يقضي بين الناس يوم القيامة في الدماء»
٤٥٠	«ألا أخبركم بخير ما يكثر المرء المرأة الصالحة»
٥٨٧	«أيما رجل أفلس فأدرك الرجل ماله بعينه فهو أحق به من غيره»
٥٨٨	«أيما رجل أفلس فوجد الرجل عنده متاعه فهو أسوة بالغرماء»
	(ب)
٩٢	«البيعان بالخيار ما لم يتفرقا»
٩٤	«البيعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا أن تكون صفقة خيار»
١٥٣	«البينة على المدعي واليمين على من أنكر»
	(ت)
٦١	«تنازع رجلان في مواريث درست»
٦٠	«تنازع كعب بن مالك وعبد الله بن أبي حدرد في دين فأصلح رسول الله ﷺ بينهما»
٤٤٦	«تنكح المرأة لأربع لملها ولحسبها ولجمالها ولدينها»
	(ث)
٤٢٧	«ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى بي ثم غدر»
٥٥٥	«الثلاث والثلاث كثير»

	(ج)
٣٩٦	«الجار أحق بشفعة جاره»
٣٩٦	«الجار أحق بصقبة»
٣٩٦	«جار الدار أحق بالدار»
٤٨٤	«جعل النبي ﷺ عدة المختلعة حيضة ونصفا»
	(ح)
٤٩٢	«حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك»
	(خ)
٦٣٥	«خرجت من نكاح ولم أخرج من سفاح»
٥٢٢	«خمس من الكبائر لا كفارة فيهن»
	(ر)
٦٢	«ردوا الخصوم حتى يصطلحوا»
٢٢٢	«رفع إلى عليّ كرم الله وجهه شيئاً فقال إنه لجور ولولا أنه صلح لرددته»
٣٨٨	«الرهن بما فيه»
٣٧٧	«الرهن من رهنه له غنمه وعليه غرمه»
	(س)
٦٣٠	«سئل النبي ﷺ عن اللقطة فقال أعرف عفاصها ووكاءها»
	(ص)
٢٢٠	«الصلح بين المسلمين جائز»
	(ط)
٤٩٤	«طلق ركانة بن عبد يزيد امرأته ثلاثاً في مجلس واحد»

	(ظ)
٣٧٧	«الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً»
	(ع)
٤٣٨	«على اليد ما أخذت حتى تؤديه»
٥٢٢	«العمد قود كله»
٤٥٨	«عن ابن عباس <small>رضي الله عنه</small> قال أصبحنا يوماً ونساء النبي <small>صلى الله عليه وسلم</small> ييكن»
	(ق)
٣٩٥	«قضى رسول الله <small>صلى الله عليه وسلم</small> بالشفعة في كل ما لم يقسم»
١٩٦	«قول ابن عباس إذا أسلمت في شيء إلى أجل»
٣٢٥	«قول النبي <small>صلى الله عليه وسلم</small> لامرأة أبي سفيان خذي ما يكفيك وولدي بالمعروف»
٣١٩	«قول النبي <small>صلى الله عليه وسلم</small> لغرماء الذي أصيب في ثماره خذوا ما وجدتم ليس لكم إلا ذلك»
٩٩	«قول النبي <small>صلى الله عليه وسلم</small> للذي يخدع في بيعه قل لا خلافة»
	(ك)
٥٤١	«كتاب الله القصاص»
	(ل)
٢٠٤	«لأن أقرض دينارين ثم يردان ثم أقرضهما أحب إلي»
٣١٧	«لصاحب الحق اليد واللسان»
٤٨٩	«لعن الله المحلل والمحلل له»
٥١١	«لقتل مؤمن أعظم عند الله من زوال الدنيا»
٥١	«ليس الشديد بالصرعة ولكن الشديد الذي يملك نفسه عند الغضب»

	(م)
٥٥٥	«ما حق امرئ له مال يريد أن يوصي فيه»
٥٠١	«ما حق المرأة على الرجل»
٥١٦	«ما رأيت رسول الله ﷺ رفع إليه شيء فيه قصاص إلا أمر بالعفو»
٩٩	«المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه»
٥٨	«المسلم أخو المسلم لا يظلمه»
٥٧	«المسلم من سلم المسلمون من لسانه ويده»
٩٩	«المسلمون عند شروطهم»
١٧٠	«من ابتاع طعاماً فلا يبيعه حتى يستوفيه»
١٩٥	«من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره»
١٤٠	«من اشترى أرضاً فيها نخل فالثمرة للبائع»
١١٠	«من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه»
١٠٢	«من اشترى مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام»
١٦٩	«من أقال نادماً بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة»
٢٠٣	«من أقرض درهماً مرتين كان له أجر صدقة»
١٤٠	«من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع»
٧١	«من حاز شيئاً عشر سنين فهو له»
١٠	«من سلك طريقاً يلتمس فيه علماً»
٥٩	«من سل على المسلمين سيفاً فليس منا»
٥٤٨	«من قتل عمداً دفع إلى أولياء المقتول»
٥٤٢	«من قتل له قتيل فهو بخير النظرين»
٥٨	«من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليقل خيراً»

٥١	«من كظم غيظًا وهو يستطيع أن ينفذه»
٢٠٢	«من نفس عن أخيه كربة»
١٠٣	«المؤمنون عند شروطهم»
١٠	«من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين»
	(ن)
١٠٢	«نهي رسول الله ﷺ عن بيع الغرر»
٣٠٣	«نهي رسول الله ﷺ عن بيع الكالئ بالكالئ»
	(و)
٤٥٩	«واضربوهن ضرباً غير مبرح»
٤٥٧	«وَأَلَّا تَهْجُرَ إِلَّا فِي الْبَيْتِ»
٥٨	«والذي نفسي بيده لا يؤمن عبد حتى يحب لجاره أو قال لأخيه ما يحب لنفسه»
٥٠١	«ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف»
٤٦١	«ولن يضرب خياركم»
٤٩٩	«ولي عقد النكاح الزوج»
	(لا)
٥١٨	«لا أعفي من قتل بعد أخذ الدية»
١١٢	«لا تبع ما ليس عندك»
٣٧٩	«لا تحلب ماشية امرئ بغير إذنه»
٤٤٦	«لا تزوجوا النساء لحسنهن»
٣١٥	«لا ضرر ولا ضرار»
٢٧٤	«لا طلاق ولا عتق فيما لا يملك»

٥٥٨	«لا وصية لوارث»
٤٥٩	«لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله»
٤٦٠	«لا يجلد أحدكم امرأته جلد البعير»
٤١٧	«لا يحل لامرئ من مال أخيه إلا ما أعطاه عن طيب نفس»
٤٥٦	«لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام»
٥٨	«لا يدخل الجنة من لا يأمن جاره بوائقه»
٤٥٩	«لا يضرب الوجه ولا يقبح»
٤٦٠	«لا يضربها وإن أمرها ونهاها فلم تطعه»
٣٨٧	«لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه»
٤١٨	«لا يمنع أحدكم جاره أن يضع خشبة على جداره»
	(ي)
٢٢١	«يا أبا أيوب ألا أدلك على صدقة يرضى الله موضوعها»

فهرس الأعلام المترجم لهم

رقم الصفحة	العلم
	(أ)
٢٠٧	إبراهيم بن خالد (أبو ثور)
٢٧٤	إبراهيم بن محمد بن مفلح
٢٠٧	إبراهيم بن يزيد (النخعي)
٢٠٣	إبراهيم (أبو رافع مولى النبي ﷺ)
٢٥٥	أحمد بن إدريس (القراقي)
٧٨	أحمد بن حنبل
٦٤١	أسامة بن زيد بن حارثة
٥٣	إسماعيل بن حماد (الجوهري)
٧٦	أشهب بن عبد العزيز
٢٤٣	أصبغ بن أبي الفرج
	(ج)
٢٩٠	جابر بن عبد الله بن عمرو
٤٧٨	جميلة بنت أبي (امراة ثابت بن قيس)
	(ح)
٢٤٧	الحارث بن ربيع الأنصاري (أبو قتادة).
١٠٠	حبان بن منقذ
٥٩٧	الحسن بن علي رضي الله عنهما
٢٠٧	الحسن بن يسار (الحسن البصري)
١١٤	حكيم بن حزام

	(خ)
٣٥٢	خويلد بن عمرو (أبو شريح الخزاعي)
	(ز)
١٠٠	زفر بن الهزيل بن قيس
٥٢	زيان بن العلاء (أبو عمرو بن العلاء)
٦٤١	زيد بن حارثة
	(س)
٥٥٥	سعد بن أبي وقاص
٣٥٢	سعد بن معاذ
٤٩٠	سعيد بن جبير
٤٩٠	سعيد بن المسيب
٩٨	سفيان بن سعيد (الثوري)
٤٦٤	سودة بنت زمعة رضي الله عنها (أم المؤمنين)
	(ص)
٤٦٥	صفية بنت حيي رضي الله عنها (أم المؤمنين)
	(ط)
١١١	طلحة بن عبيد الله
	(ع)
٦٠	عائشة بنت أبي بكر <small>رضي الله عنها</small> (أم المؤمنين).
١٥٣	عامر بن شراحيل (الشعبي)
٤٩١	عبد الرحمن بن الزبير (بفتح الزاي)
٥١	عبد الرحمن بن عامر (أبو هريرة)

١٣٨	عبد الرحمن بن عمرو (الأوزاعي)
٧٢	عبد الرحمن بن القاسم
٥٩٧	عبد الرحمن بن ملجم
١٨٩	عبد السلام بن سعيد (سحنون)
٦٠	عبد الله بن أبي حذر
٤٩	عبد الله بن المبارك
٤٨	عبد الله بن مسعود
٥٦	عبد الله بن عباس بن عبد المطلب
٩٣	عبد الله بن عمر بن الخطاب
٢٣٠	عبد الله بن محمد بن نجم (ابن شاس)
٧٧	عبد الملك بن حبيب بن سليمان
٧٦	عبد الملك بن عبد العزيز (ابن الماجشون)
١١١	عثمان بن عفان
٣٢٧	عقبة بن عامر
٢٢٢	علي بن أبي طالب
٢٣٢	علي بن أحمد بن سعيد (ابن حزم الظاهري)
٥٢	علي بن حمزة (الكسائي)
٧٣	عمر بن أبي اليمين (الفاكهاني)
٣٤٣	عمر بن الحسين (الخرقي)
٦١	عمر بن الخطاب <small>رضي الله عنه</small>
٣١٩	عمر بن عبد العزيز بن مروان

٢٠٤	عويمر بن عامر بن مالك (أبو الدرداء)
	(ك)
٦٠	كعب بن مالك
	(ل)
٥١٩	الليث بن سعد
	(م)
٦٩	مالك بن أنس
٥٦	مجاهد بن جبير
١٥٣	محمد بن إبراهيم (ابن المنذر)
٤٨	محمد بن أحمد بن أبي بكر (القرطبي)
١٠٩	محمد بن إدريس (الشافعي)
١٠١	محمد بن الحسن (صاحب أبي حنيفة)
٥٣	محمد بن جرير (الطبري)
٤١	محمد بن رشد (الجد)
١٣٨	محمد بن عبد الرحمن (ابن أبي ليلة)
٥٦	محمد بن عبد الله بن محمد (أبو بكر بن العربي)
٢٢٩	محمد بن عبد الله (ابن يونس)
٧٢	محمد بن علي بن عمر (المازري)
٢١٦	محمد بن محمد (ابن عرفة)
٥٢	محمد بن يزيد (المبرد)
٧٦	مطرف بن عبد الله بن مطرف

	(ن)
٩٥	النعمان بن ثابت (أبي حنيفة)
	(هـ)
٦٤	هند بنت أمية (أم سلمة رضي الله عنها)
٣٢٤	هند بنت عتبة
	(و)
٥٢٣	وائل بن الأسقع
	(ي)
٢١٤	يحيى بن شرف (محي الدين النووي)
١٠١	يعقوب بن إبراهيم (أبو يوسف صاحب أبي حنيفة)

فهرس المراجع مراجع التفسير والحديث وعلومهما

- ١- الإحسان بترتيب صحيح ابن حبان لابن بلبان تحقيق شعيب الأرناؤطي، ط/ مؤسسة الكتب الثقافية.
- ٢- أحكام القرآن لابن العربي، ط/ عيسى الحلبي.
- ٣- أحكام القرآن للشافعي، ط/ بيروت.
- ٤- التعليق على سنن الدارقطني، ط/ دار المحاسن.
- ٥- تفسير الإمام ابن كثير. ط/ مأخوذة عن دار الكتب المصرية، الناشر مكتبة السعودية.
- ٦- تفسير الإمام الطبري، ط/ دار المعرفة بيروت.
- ٧- تلخيص الحبير لابن حجر العسقلاني. ط/ دار المعرفة بيروت، ط/ الكليات الأزهرية.
- ٨- تنوير الحوالك للسيوطي مطبوع على موطأ الإمام مالك، ط/ الحلبي.
- ٩- الجامع لأحكام القرآن الكريم للقرطبي، ط/ دار الريان كتاب الشعب.
- ١٠- حجة القراءات للإمام أبي زرعة، ط/ مؤسسة الرسالة.
- ١١- سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام لابن حجر، تأليف الإمام الصنعاني، ط/ دار الفرقان.
- ١٢- سنن ابن ماجه، لابن ماجه. ط/ الحلبي، دار إحياء التراث العربي بيروت.
- ١٣- سنن أبي داود، ط/ إحياء التراث العربي، ط/ المكتبة العصرية.
- ١٤- سنن الترمذي، ط/ المكتبة السلفية، ط/ الحلبي.

- ١٥- سنن الدارقطني، ط/ دار المحاسن.
- ١٦- سنن الدارمي، ط/ بيروت.
- ١٧- سنن سعيد بن منصور، ط/ دار الكتب العلمية.
- ١٨- السنن الكبرى للبيهقي، ط/ بيروت.
- ١٩- سنن الإمام النسائي، ط/ بيروت.
- ٢٠- شرح الإمام النووي لصحيح مسلم، ط/ دار الفكر.
- ٢١- صحيح الإمام البخاري، ط/ الشعب ودار الحديث ودار المعرفة.
- ٢٢- صحيح الإمام مسلم، ط/ بيروت، ط/ إحياء التراث العربي.
- ٢٣- فتح الباري شرح صحيح البخاري لابن حجر العسقلاني، ط/ دار المعرفة بيروت.
- ٢٤- الكامل في الضعفاء لابن عدي، ط/ دار الفكر.
- ٢٥- كثر العمال لعلاء الدين الهندي، ط/ منشورات التراث الإسلامي بحلب، وطبعة البلاغة القاهرة.
- ٢٦- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للهيتمي، ط/ دار الفكر، ط/ دار المعرفة، بيروت.
- ٢٧- مراسيل أبي داود للسجستاني، ط/ مؤسسة الرسالة.
- ٢٨- المستدرک علی الصحيح للحاكم، ط/ دار الكتب العلمية بيروت، ط/ دار الكتاب العربي.
- ٢٩- مسند الإمام أحمد، ط/ دار المعرفة والمكتب الإسلامي.
- ٣٠- مصنف ابن أبي شيبة، ط/ الدار السلفية.
- ٣١- مصنف عبد الرزاق، ط/ المكتب الإسلامي.
- ٣٢- معاني القرآن للنحاس تحقيق الشيخ محمد الصابوني، ط/ أم القرى.
- ٣٣- موطأ الإمام مالك، ط/ الحلبي.

٣٤- نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية للزيلعي. ط/ دار الحديث.

٣٥- نيل الأوطار للإمام الشوكاني، ط/ الكليات الأزهرية ودار الريان.

مراجع اللغة وعلومها

٣٦- تاج اللغة وصحاح العربية للجوهري. ط/ دار العلم للملايين.

٣٧- التعريفات للإمام الجرجاني، ط/ دار الكتاب المصري، ط/ دار

الكتاب اللبناني.

٣٨- الفروق اللغوية لأبي هلال العسكري، ط/ بيروت.

٣٩- القاموس المحيط للفيروز آبادي، ط/ دار المأمون، ط/ دار الجيل

بيروت.

٤٠- لسان العرب لجمال الدين بن منظور المصري. ط/ دار المعارف،

ط/ بيروت.

٤١- مختار الصحاح للإمام محمد بن أبي بكر الرازي، ط/ البراعم.

٤٢- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير لأحمد بن محمد بن علي

المقري الفيومي، المتوفى سنة ٧٧٠هـ، ط/ المطبعة الأميرية والمؤسسة

المصرية للتأليف والنشر، ط/ بيروت.

٤٣- المعجم الوجيز، ط/ الطبعة الأولى مجمع اللغة العربية.

٤٤- المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية مطابع دار المعارف.

٤٥- المفردات في غريب القرآن للراغب الأصفهاني. ط/ بيروت، ط/

دار الفكر.

مراجع الفقه وقواعده

الفقه الحنفي:

٤٦- الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي، ط/ دار الفكر.

- ٤٧- إيثار الإنصاف في آثار الخلاف لسبط ابن الجوزي المتوفى سنة ٦٥٤هـ، تحقيق ناصر العلي الناصر الخليفى، ط/ دار السلام.
- ٤٨- البحر الرائق شرح كتر الدقائق لابن نجيم. ط/ المطبعة العلمية، ط/ دار المعرفة بيروت.
- ٤٩- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني. ط/ مطبعة الإمام، ط/ دار الفكر بيروت.
- ٥٠- البناية شرح الهداية لبدر الدين العيني، ط/ دار الكتب العلمية، بيروت.
- ٥١- تبين الحقائق شرح كتر الدقائق للزيلعي، ط/ بيروت.
- ٥٢- تكملة حاشية ابن عابدين، ط/ إحياء التراث العربي.
- ٥٣- تكملة فتح القدير المسمى نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار لشمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي زاده، ط/ دار الفكر.
- ٥٤- حاشية رد المختار على الدر المختار لابن عابدين. ط/ إحياء التراث العربي.
- ٥٥- حاشية قرّة عيون الأنخيار لابن عابدين. ط/ الحلبي.
- ٥٦- درر الحكام شرح مجلة الأحكام تأليف علي حيدر، ط/ بيروت.
- ٥٧- رسائل ابن عابدين، ط/ بيروت.
- ٥٨- رسائل ابن نجيم. ط/ الحلبي.
- ٥٩- شرح فتح القدير لكمال بن الهمام الحنفي، ط/ الحلبي.
- ٦٠- العناية على الهداية مطبوع على فتح القدير، ط/ الحلبي، ط/ دار الفكر، ط/ بولاق.

- ٦١- الفتاوى البزازية مطبوع على الفتاوى الهندية، ط/ دار المعرفة بيروت.
- ٦٢- الفتاوى الحامدية، ط/ المطبعة الأميرية طبعة ثانية سنة ١٣٠٠هـ.
- ٦٣- الفتاوى الخانية لقاضي خان مطبوع على الفتاوى الهندية، ط/ دار المعرفة، ط/ الحلبي.
- ٦٤- لسان الحكام في معرفة الأحكام، لأبي الوليد إبراهيم بن أبي اليمن محمد بن أبي الفضل المعروف بابن الشحنة الحنفي، ط/ الحلبي.
- ٦٥- اللباب شرح الكتاب للميداني.
- ٦٦- المبسوط للسرخسي، ط/ دار المعرفة، بيروت.
- ٦٧- المجاني الزهرية على الفواكه البدرية لابن الغرس. ط/ مطبعة النيل بمصر.
- ٦٨- الهداية شرح بداية المبتدئ للمرغيناني الحنفي، ط/ الحلبي.
- الفقه المالكي:
- ٦٩- تحرير الكلام في مسائل الالتزام للشيخ الخطاب مطبوع على فتاوى الشيخ عlish، ط/ دار الحلبي.
- ٧٠- أسهل المدارك شرح إرشاد السالك للكشناوي، ط/ دار الفكر.
- ٧١- إيضاح السالك إلى قواعد أبي عبد الله مالك للونشريسي، ط/ مكتبة الدعوة بطرابلس.
- ٧٢- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد، ط/ دار الفكر.
- ٧٣- بلغة السالك على الشرح الصغير للشيخ أحمد بن محمد الصاوي، ط/ الحلبي.
- ٧٤- البيان والتحصيل لابن رشد الجدد، ط/ دار الغرب الإسلامي.

- ٧٥- التاج والإكليل للمواق مطبوع على مواهب الجليل للحطاب، ط / مكتبة النجاح بليبيا.
- ٧٦- تبصرة الحكام لابن فرحون، ط / الكليات الأزهرية، مطبوع على هامش فتح العلي المالك ط / التقدم العلمية.
- ٧٧- التفریع لابن الجلاب، ط / دار الغرب الإسلامي.
- ٧٨- تهذيب الفروق للشيخ محمد مخلوف ط / عالم الكتب.
- ٧٩- جامع الأمهات لابن الحاجب. ط / الإمامة.
- ٨٠- جواهر الإكليل شرح مختصر خليل للشيخ عبد السميع الآبي، ط / بيروت.
- ٨١- حاشية البناني مطبوع على شرح الزرقاني. ط / دار الفكر.
- ٨٢- حاشية الخرشي على مختصر الشيخ خليل. ط / بيروت.
- ٨٣- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للشيخ محمد الدسوقي، ط / الحلبي، ط / دار الفكر.
- ٨٤- حاشية العدوي على حاشية الخرشي على مختصر خليل للشيخ العدوي، ط / بيروت.
- ٨٥- حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني لأبي الحسن العدوي، ط / بيروت.
- ٨٦- الذخيرة للإمام القرافي. ط / دار الغرب الإسلامي.
- ٨٧- الرسالة لابن أبي زيد القيرواني ط / الحلبي.
- ٨٨- سراج السالك شرح أسهل المسالك للشيخ عثمان بن حسين الجعلي، ط / مصطفى الحلبي.
- ٨٩- شرح حدود ابن عرفة للرصاع. ط / دار الغرب الإسلامي.
- ٩٠- شرح الزرقاني على مختصر خليل، ط / دار الفكر.

- ٩١- شرح رروق وابن ناجي على الرسالة. ط/ دار الفكر.
- ٩٢- الشرح الصغير للشيخ الدزدير. ط/ الحلبي.
- ٩٣- الفروق للإمام القرافي، ط/ دار إحياء الكتب العربية.
- ٩٤- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ط/ الحلبي.
- ٩٥- قوانين الأحكام الفقهية لابن جزئ، ط/ دار الفكر.
- ٩٦- الكافي لابن عبد البر. ط/ بيروت.
- ٩٧- كفاية الطالب الرباني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ط/ بيروت.
- ٩٨- المدونة رواية الإمام سحنون على الإمام مالك. ط/ دار الفكر.
- ٩٩- المقدمات والممهديات لبيان ما اقتضته المدونة من الأحكام لابن رشد ط/ دار الفكر.
- ١٠٠- مواهب الجليل شرح مختصر خليل للحطاب. ط/ مكتبة النجاح بليبيا.
- ١٠١- مواهب الجليل من أدلة خليل للشنقيطي. ط/ قطر.
- ١٠٢- المعونة للقاضي عبد الوهاب. ط/ مكتبة نزار الباز بمكة.
- الفقه الشافعي:
- ١٠٣- الأحكام السلطانية لأبي الحسن محمد بن حبيب الماوردي ط/ الحلبي.
- ١٠٤- الأشباه والنظائر للسيوطي، ط/ دار الكتب العلمية.
- ١٠٥- الأم للإمام الشافعي. ط/ الحلبي.
- ١٠٦- تحفة المحتاج بشرح المنهاج وعليه حاشيتي الشرواني وابن قاسم. ط/ بيروت.

- ١٠٧- الحاوي الكبير شرح مختصر المزني لأبي الحسن الماوردي. ط/ دار الكتب العلمية، بيروت.
- ١٠٨- حاشية البيجرمي على الخطيب. ط/ الحلبي.
- ١٠٩- حاشية الجمل على شرح المنهج للشيخ الجمل. ط/ إحياء التراث.
- ١١٠- حاشية قليوبي وعميرة. ط/ عيسى الحلبي.
- ١١١- الدر المنثور للسيوطي، ط/ طهران.
- ١١٢- روضة الطالبين للنووي، ط/ المكتب الإسلامي.
- ١١٣- الفتاوى الكبرى لابن حجر، ط/ المشهد الحسيني.
- ١١٤- فتاوى الشيخ الرملي مطبوع على الفتاوى الكبرى لابن حجر للشيخ الرملي، ط/ المشهد الحسيني.
- ١١٥- فتح العزيز شرح الوجيز للإمام الرافعي مطبوع على المجموع، ط/ دار الفكر.
- ١١٦- المجموع شرح المذهب للنووي. ط/ الإمام بمصر، ط/ دار الفكر.
- ١١٧- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للشيخ محمد الشربيني الخطيب على متن المنهاج لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي، ط/ الحلبي.
- ١١٨- المذهب للشيرازي، ط/ الحلبي.
- الفقه الحنبلي:
- ١١٩- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي. ط/ مكتبة السنة المحمدية.
- ١٢٠- الروض المربع شرح زاد المستقنع، ط/ المطابع الأهلية بالرياض.
- ١٢١- شرح منتهى الإرادات للبهوتي. ط/ مكتبة نزار مصطفى.

١٢٢- القواعد لابن رجب الحنبلي، ط/ دار المعرفة، بيروت، ط/ الكليات الأزهرية.

١٢٣- الكافي لابن قدامة المقدسي، ط/ المكتب الإسلامي.

١٢٤- كشف القناع للبهوتي، ط/ مكتبة النصر الحديثة، ط/ عالم الكتب، بيروت.

١٢٥- العدة شرح العمدة للمقدسي، ط/ دار المعرفة، بيروت.

١٢٦- المبدع شرح المقنع لابن مفلح، ط/ المكتب الإسلامي.

١٢٧- المغني والشرح الكبير لابن قدامة، ط/ دار الكتاب العربي، ط/ مكتبة زهران، ط/ هجر للطباعة والنشر.

مراجع أخرى:

١٢٨- أحكام المعاملات الشرعية. د/ علي الخفيف، ط/ دار الفكر.

١٢٩- إحياء علوم الدين للإمام الغزالي، ط/ المكتبة التجارية، ط/ الحلبي.

١٣٠- الآداب الشرعية لابن مفلح، ط/ مكتبة نزار مصطفى بمكة.

١٣١- آداب الصحبة والمعاشرة للإمام الغزالي، ط/ بغداد.

١٣٢- أسباب كسب الملكية في القانون المدني، دكتور أحمد هيكل.

١٣٣- أعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم، ط/ دار الحديث.

١٣٤- تحفة الفقهاء للسمرقندي، ط/ بيروت.

١٣٥- التعليق على القانون ٧ لسنة ٢٠٠٠م بشأن التوفيق في فض

منازعات الدولة إعداد المستشار عمرو عيسى الفقي، ط/ دار الكتب القانونية.

١٣٦- الحاوي في الفتاوى للسيوطي، ط/ مطبعة السعادة بمصر.

١٣٧- الحسبة في الإسلام لابن تيمية.

١٣٨- الحقوق المتقابلة بين الزوجين دكتور عبد الله محمد سعيد.

١٣٩- شرح النيل.

١٤٠- فتاوى العز بن عبد السلام. ط/ مؤسسة الرسالة.

١٤١- قضايا فقهية معاصرة، محمد رأفت عثمان.

١٤٢- قطوف من العقود في الفقه الإسلامي، د/ علي أحمد مرعي، ط/ الطبعة الأولى.

١٤٣- الفقه الإسلامي وأدلته، د/ وهبة الزحيلي، ط/ دار الفكر.

١٤٤- محاسن الشريعة للزاهد البخاري المقدسي. طبعة القدس.

١٤٥- المحلى لابن حزم الظاهري تحقيق د/ أحمد شاكر، ط/ الإمام.

١٤٦- معين الحكام للطرابلسي، ط/ مصطفى الحلبي.

١٤٧- من قضايا الأسرة في التشريع الإسلامي. د/ محمد الدسوقي، ط/ دار الثقافة.

١٤٨- منهج الإسلام في علاج المشكلات الأسرية، سلسلة للدكتور أحمد شلبي.

١٤٩- نظام الأسرة في الإسلام، د/ علي السبكي.

١٥٠- النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني المصري. د/ عبد المنعم البدر اوي.

١٥١- الوجيز للإمام الغزالي. ط/ دار المعرفة.

مراجع التراجع:

١٥٢- الاستيعاب في معرفة الأصحاب، ط/ نهضة مصر.

١٥٣- أسد الغابة في معرفة الصحابة لعز الدين ابن الأثير، ط/ الشعب.

١٥٤- الإصابة في تمييز الصحابة، ط/ دار النهضة، ط/ دار صادر بيروت.

١٥٥- الأعلام للزركلي. ط/ دار الفكر.

١٥٦- البداية والنهاية لابن كثير، ط/ دار الفكر.

- ١٥٧- البدر الطالع في محاسن من بعد القرن السابع للشوكاني، ط/ دار السعادة.
- ١٥٨- تاج التراجم في طبقات الحنفية لقاسم بن قطلوبغا، ط/ مكتبة المثنى بغداد.
- ١٥٩- تاريخ الخلفاء للسيوطي.
- ١٦٠- تذكرة الحفاظ للذهبي، ط/ إحياء التراث العربي.
- ١٦١- ترتيب المدارك للقاضي عياض، ط/ بيروت، وزارة الأوقاف بالمغرب.
- ١٦٢- تهذيب الأسماء واللغات للنووي.
- ١٦٣- تهذيب التهذيب لابن حجر، ط/ دار صادر بيروت.
- ١٦٤- تهذيب الكمال للحافظ جمال الدين يوسف المزي، ط/ مؤسسة الرسالة.
- ١٦٥- حلية الأولياء وطبقات الأصفياء لأبي نعيم الأصفهاني.
- ١٦٦- حياة الصحابة للكاندهلوي، ط/ دار الصابوني.
- ١٦٧- الدرر الكامنة في أعلام المائة الثامنة لابن حجر. ط/ دار الكتب الحديثة.
- ١٦٨- الديباج المذهب في أعيان المذهب لابن فرحون. دار التراث.
- ١٦٩- سير أعلام النبلاء للذهبي.
- ١٧٠- شجرة النور الزكية في طبقات المالكية لمحمد بن مخلوف، ط/ دار الفكر.
- ١٧١- شذرات الذهب في أخبار من ذهب لابن العماد، ط/ مكتبة النجاح بليبيا.
- ١٧٢- طبقات ابن سعد.

- ١٧٣- طبقات الحنابلة، ط/ أنصار السنة المحمدية.
- ١٧٤- طبقات الشافعية للأسنوي، ط/ دار الفكر.
- ١٧٥- طبقات الشافعية الكبرى لابن السبكي، ط/ الحسينية.
- ١٧٦- طبقات الفقهاء للشيرازي. ط/ بيروت.
- ١٧٧- العبر في خبر من غير للذهبي. ط/ دار الكتب العلمية، بيروت.
- ١٧٨- لسان الميزان لابن حجر، ط/ مؤسسة الأعلمي، بيروت.
- ١٧٩- ميزان الاعتدال في معرفة الرجال لابن حجر. ط/ بيروت.
- ١٨٠- نهاية الأرب في معرفة أنساب العرب للقلقشندي.
- ١٨١- نيل الابتهاج بتطريز الدياج لأحمد بابا التنبكي. ط/ منشورات كلية الدعوة الإسلامية، طرابلس.
- ١٨٢- هدية العارفين، ط/ منشورات مكتبة المثنى بغداد.
- ١٨٣- وفيات الأعيان لابن خلكان، ط/ بيروت.
- الرسالة العلمية:
- ١٨٤- رسالة دكتوراه بعنوان أثر الوفاة في العقود بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة.
- ١٨٥- رسالة دكتوراه بعنوان نظرية عدم سماع الدعوى للتقادم بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة.
- ١٨٦- رسالة ماجستير بعنوان انقضاء الالتزام دون وفاء واستحالة التنفيذ بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة.
- ١٨٧- رسالة دكتوراه بعنوان انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء، بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة.
- ١٨٨- رسالة دكتوراه بعنوان حقوق العمال في الشريعة الإسلامية بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة.

١٨٩- رسالة دكتوراه بعنوان الشركات في الشريعة الإسلامية. بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة.

١٩٠- رسالة دكتوراه بعنوان الإنهاء التعسفي لعقد العمل، بكلية الشريعة والقانون بالقاهرة.

فهرس الموضوعات

رقم الصفحة	العنوان
٩	المقدمة وتشتمل على فضل علم الفقه، وشرف القائمين على تحصيله، ومدى عناية الشريعة الإسلامية بسعادة أفراد المجتمع المسلم وتحقيق الخير لهم جميعاً، ثم على أسباب اختياري للموضوع، وأهم الصعوبات التي واجهتها، ثم على خطة البحث ومنهجي في البحث.
٣١	التمهيد في المنازعة ويشتمل على خمسة مباحث:
٣٣	المبحث الأول: في تعريف المنازعة والخصومة والفرق بينهما وبين العداوة.
٤٣	المبحث الثاني: أقسام الخصومات وضوابطها.
٤٧	المبحث الثالث: أهمية التسوية السلمية للمنازعات في الشريعة الإسلامية.
٥٢	المبحث الرابع: نظرية السلم في الشريعة الإسلامية، ونماذج من التطبيق العملي لقواعد السلم في الإسلام.
٦٣	المبحث الخامس: حالات إنهاء المنازعات (الوفاة، التقادم، المصادرة، ذهاب محل المنازعة).
٨٣	الباب الأول المنازعات التي يكون طرفا الخصومة فيها منفردين
	ويشتمل على عشرة فصول:
٨٤	الفصل الأول: التنازع في البيع، ويشتمل على أربعة مباحث:
٨٥	المبحث الأول: تعريف البيع.

٨٩	المبحث الثاني: وسائل تفادي النزاع في البيع بالخيارات، ويشتمل على ثلاثة مطالب:
٩١	المطلب الأول: خيار المجلس.
٩٨	المطلب الثاني: خيار الشرط.
١٠٨	المطلب الثالث: خيار الرؤية.
١١٩	المبحث الثالث: أسباب النزاع في البيع، ويشتمل على ثلاثة مطالب:
١٢٠	المطلب الأول: النزاع بسبب وجود عيب في المبيع، وفيه أربعة مسائل:
١٢٣	المسألة الأولى: هل يجوز للمشتري أن يمسك المبيع ويأخذ من الثمن مقدار النقص؟
١٢٥	المسألة الثانية: إذا اختلفا في العيب هل كان في المبيع قبل العقد، أو حدث عند المشتري؟
١٢٩	المسألة الثالثة: إذا تباعا بشرط البراءة من كل عيب.
١٣١	المسألة الرابعة: هل الرد بخيار العيب يكون على الفور أو على الترخي؟
١٣٥	المطلب الثاني: التنازع بين المتبايعين بسبب ما يتبع المبيع من الملحقات. وفيه أربع مسائل:
١٣٧	المسألة الأولى: بيع النخل وفيه الثمرة.
١٤٣	المسألة الثانية: إذا استحققت الثمرة للبائع فهل يلزمه قطعها قبل أوانها ويسلم المبيع للمشتري أو يجوز له تركها في الشجر إلى أوان الجزاز؟

١٤٥	المسألة الثالثة: حكم الأوراق والأغصان.
١٤٦	المسألة الرابعة: بيع الدار بحقوقها.
١٤٩	المطلب الثالث: التنازع بسبب الاختلاف في الثمن، وصور ذلك. وفيه مسألتان:
١٥٢	المسألة الأولى: الاختلاف في الثمن والسلعة قائمة.
١٥٦	المسألة الثانية: الاختلاف في الثمن والسلعة هالكة وتالفة.
١٦٥	المبحث الرابع: الوسائل التي وضعتها الشريعة الإسلامية لإنهاء التراعي بين المتبايعين، وفيه مطلبان:
١٦٧	المطلب الأول: إنهاء التراجع بالفسخ.
١٦٨	المطلب الثاني: إنهاء التراجع بالإقالة.
١٧٧	الفصل الثاني: التنازع في السلم، ويشتمل على أربعة مباحث:
١٧٩	المبحث الأول: تعريف السلم وحكمه.
١٨٣	المبحث الثاني: صور الاختلاف في السلم.
١٨٩	المبحث الثالث: التنازع بسبب هلاك المسلم فيه قبل التسليم.
١٩٢	المبحث الرابع: وسائل إنهاء التراجع في السلم، ويشتمل على ثلاثة مطالب:
١٩٢	المطلب الأول: إنهاء التراجع بالإقالة.
١٩٣	المطلب الثاني: إنهاء التراجع في السلم بالحوالة.
١٩٤	المطلب الثالث: إنهاء التراجع ببيع المسلم فيه.
١٩٩	الفصل الثالث: التنازع في الدين، ويشتمل على ثلاثة مباحث:
٢٠١	المبحث الأول: في تعريف الدين، وفضل الإقراض.
٢٠٥	المبحث الثاني: صور الاختلاف في الدين.

٢١١	المبحث الثالث: وسائل إنهاء النزاع في الدين، ويشتمل على ستة مطالب:
٢١٢	المطلب الأول: إنهاء النزاع بالصلح عن الدين، وفيه أربع مسائل:
٢١٣	المسألة الأولى: تعريف الصلح وحكمه وأدلة مشروعيته.
٢٢٤	المسألة الثانية: الصلح عن الديون.
٢٣٠	المسألة الثالثة: الصلح مع الإنكار.
٢٤٦	المسألة الرابعة: الصلح مع السكوت.
٢٤٩	المطلب الثاني: إنهاء النزاع في الديون بالإبراء، وفيه عشرة مسائل:
٢٥١	المسألة الأولى: تعريف الإبراء.
٢٥١	المسألة الثانية: هل الإبراء إسقاط أو تمليك؟
٢٥٧	المسألة الثالثة: حكم الإبراء.
٢٥٩	المسألة الرابعة: أركان الإبراء.
٢٦٢	المسألة الخامسة: إبراء المريض مرض الموت.
٢٦٧	المسألة السادسة: حكم الإبراء من المجهول.
٢٧٤	المسألة السابعة: الإبراء بعد سقوط الحق أو دفعه.
٢٧٩	المسألة الثامنة: شمول الإبراء للزمان والمقدار، وسريانه من حيث الأشخاص.
٢٨٣	المسألة التاسعة: تعليق الإبراء، وتقييده، وإضافته.
٢٩١	المسألة العاشرة: أثر الإبراء في إنهاء النزاع، وحكم الرجوع فيه.
٢٩٣	المطلب الثالث: إنهاء النزاع في الدين بالعفو عن المدين
٢٩٥	المسألة الأولى: تعريف العفو لغة واصطلاحًا.
٢٩٥	المسألة الثانية: العفو عن المدين، وأثره في إنهاء المنازعة.

٢٩٩	المطلب الرابع: إنهاء النزاع في الديون بالمقاصة، وفيه ثلاث مسائل:
٣٠١	المسألة الأولى: تعريف المقاصة، وحكمها.
٣٠٥	المسألة الثانية: محل المقاصة، وشروطها.
٣٠٧	المسألة الثالثة: آثار المقاصة.
٣٠٩	المطلب الخامس: إنهاء النزاع في الدين بالوفاء، وفيه خمس مسائل:
٣١١	المسألة الأولى: تعريف الوفاء وحكمه.
٣١٣	المسألة الثانية: كيف يتم القبض.
٣١٥	المسألة الثالثة: هل يشترط القبول في الوفاء.
٣١٧	المسألة الرابعة: إعسار المدين وملازمة الطالب له.
٣١٩	المسألة الخامسة: أثر الوفاء في إنهاء المنازعات.
٣٢١	المطلب السادس: إنهاء النزاع في الديون بالظفر بالحق، وفيه مسألتان:
٣٢٣	المسألة الأولى: معنى الظفر، وحكمه.
٣٢٣	المسألة الثانية: شروط الظفر بالحق.
٣٣٣	الفصل الرابع: التنازع في العين، ويشتمل على تمهيد وخمسة مباحث:
٣٣٥	التمهيد: في تعريف العين، وصور النزاع فيها.
٣٣٥	المبحث الأول: إنهاء النزاع في العين بالصلح.
٣٤٩	المبحث الثاني: إنهاء النزاع في العين بالتحكيم.
٣٥٩	المبحث الثالث: إنهاء النزاع في العين بالوفاء.
٣٦٠	المبحث الرابع: إنهاء النزاع في العين بالإبراء.
٣٦٣	المبحث الخامس: إنهاء النزاع في العين بالظفر بها.

٣٦٥	الفصل الخامس: النزاع في الرهن، ويشتمل على ثلاثة مباحث:
٣٦٧	المبحث الأول: صور النزاع في الرهن، ويشتمل على أربعة مطالب.
٣٦٧	المطلب الأول: الاختلاف في قدر الحق "المرهون به".
٣٦٩	المطلب الثاني: الاختلاف في قدر الرهن.
٣٧٠	المطلب الثالث: الاختلاف في قبض المرهون وردده.
٣٧٠	المطلب الرابع: الاختلاف في حلول الأجل.
٣٧٢	المبحث الثاني: أسباب النزاع في الرهن، ويشتمل على أربعة مطالب:
٣٧٢	المطلب الأول: النزاع بسبب انتفاع المرتهن بالرهن.
٣٨١	المطلب الثاني: النزاع بسبب مؤنة الرهن.
٣٨٣	المطلب الثالث: النزاع بسبب زوائد الرهن.
٣٨٦	المطلب الرابع: النزاع بسبب ضمان الرهن إذا تلف.
٣٩١	المبحث الثالث: وسائل إنهاء النزاع بين الراهن والمرتهن.
٣٩٣	الفصل السادس: النزاع في الشفعة، ويشتمل على ثلاثة مباحث:
٣٩٥	المبحث الأول: تعريف الشفعة، ولمن تجب؟
٣٩٨	المبحث الثاني: صور النزاع في الشفعة، ويشتمل على ثلاثة مطالب:
٣٩٨	المطلب الأول: النزاع في قدر الثمن وجنسه وصفته.
٤٠٠	المطلب الثاني: النزاع في المبيع.
٤٠١	المطلب الثالث: النزاع في الخيار.
٤٠٢	المبحث الثالث: وسائل إنهاء النزاع في الشفعة، ويشتمل على ستة

	مطالب:
٤٠٢	المطلب الأول: إسقاط حق الشفعة.
٤٠٥	المطلب الثاني: وفاة الشفيع.
٤٠٦	المطلب الثالث: الإبراء عن الشفعة.
٤٠٦	المطلب الرابع: الصلح عن حق الشفعة.
٤٠٧	المطلب الخامس: الإقالة من الشفعة.
٤٠٨	المطلب السادس: إذا كان حق الشفعة بين اثنين فأكثر فباع أحدهما نصيبه أو تنازل عنه فما الحكم؟
٤١١	الفصل السابع: التنازع في الحقوق المشتركة، ويشتمل على أربعة مباحث:
٤١٤	المبحث الأول: التنازع في فتح باب أو نافذة أو غرز خشبة في الحائط المشترك، ووسائل إنجائه.
٤١٧	المبحث الثاني: التنازع في وضع خشبة على الحائط المشترك أو حائط الجار، ووسائل إنجائه.
٤٢١	المبحث الثالث: الانتفاع بالحائط المشترك بما سوى ذلك.
٤٢٢	المبحث الرابع: التنازع في ملك الحائط المشترك.
٤٢٣	الفصل الثامن: التنازع في الإجارة، ويشتمل على ثلاثة مباحث:
٤٢٥	المبحث الأول: في تعريف الإجارة، وحكمها.
٤٢٩	المبحث الثاني: أسباب التنازع في الإجارة وصوره، ويشتمل على ثلاثة مطالب:
٤٢٩	المطلب الأول: التنازع بسبب الاختلاف في قدر الأجرة.
٤٣٢	المطلب الثاني: التنازع بسبب الاختلاف في مدة الإجارة.

٤٣٤	المطلب الثالث: التنازع بسبب ضمان العين المستأجرة.
٤٤٠	المبحث الثالث: وسائل إنهاء النزاع في الإجارة
٤٤٣	الفصل التاسع: التنازع بين الزوجين
٤٤٥	المبحث الأول: أسس الحياة الزوجية.
٤٥٤	المبحث الثاني: النشوز ووسائل إنجائه، وفيه مطلبان:
٤٥٤	المطلب الأول: نشوز الزوجة.
٤٦٢	المطلب الثاني: نشوز الزوج.
٤٦٦	المبحث الثالث: الشقاق ووسائل إنجائه، ويشتمل على ثلاثة مطالب:
٤٦٧	المطلب الأول: إنهاء النزاع والشقاق بالتحكيم.
٤٧٧	المطلب الثاني: إنهاء الشقاق بالخلع.
٤٨٦	المطلب الثالث: إنهاء الشقاق بالطلاق.
٤٩٥	المبحث الرابع: بعض صور النزاع بين الزوجين، ويشتمل على ثلاثة مطالب:
٤٩٥	المطلب الأول: الاختلاف في المهر قبل الدخول وإنهاء هذا النزاع بالعفو.
٥٠٠	المطلب الثاني: الاختلاف بسبب النفقة.
٥٠٦	المطلب الثالث: الاختلاف في متاع البيت.
٥٠٩	الفصل العاشر: التنازع في الدماء، ويشتمل على مبحثين:
٥١١	المبحث الأول: في تحريم القتل وتشريع القصاص.
٥١٤	المبحث الثاني: وسائل إنهاء النزاع في الدماء، ويشتمل على أربعة مطالب:

٥١٤	المطلب الأول: إنهاء النزاع بالقصاص من القاتل.
٥١٥	المطلب الثاني: إنهاء النزاع بالعفو مجازاً عن القاتل، وفيه ست مسائل:
٥١٧	المسألة الأولى: إذا عفا ولي الدم عن القصاص ثم قتله بعد العفو.
٥١٩	المسألة الثانية: هل يجب على القاتل بعد العفو عقوبة؟
٥٢٠	المسألة الثالثة: هل تجب الكفارة في القتل العمد؟
٥٢٤	المسألة الرابعة: عفو المجني عليه في الجناية العمد على النفس.
٥٢٧	المسألة الخامسة: عفو المجني عليه فيما دون النفس وحكم السراية، وهل تجب الدية؟
٥٣٣	المسألة السادسة: عفو المجني عليه عن الجناية الخطأ على النفس وما دون النفس.
٥٣٨	المطلب الثالث: إنهاء النزاع بالعفو على مال (الدية).
٥٤٧	المطلب الرابع: إنهاء النزاع بالصلح عن القصاص، وفيه مسألتان:
٥٤٧	المسألة الأولى: الصلح عن القصاص في القتل العمد.
٥٤٩	المسألة الثانية: الصلح عن القصاص في القتل الخطأ.
٥٥١	الباب الثاني المنازعات التي يكون فيها طرفاً الخصومة متعددتين أو أحدهما متعدداً
	ويشتمل على أربعة فصول:
٥٥٢	الفصل الأول: التنازع في الوصية، ويشتمل على ثلاثة مباحث:
٥٥٣	المبحث الأول: تعريف الوصية، وحكمها، وشروطها
٥٥٨	المطلب الأول: حكم الوصية للوارث.

٥٦٠	المطلب الثاني: حكم الوصية لغير القريب.
٥٦٢	المبحث الثاني: التنازع بسبب زوائد الموصى به.
٥٦٦	المبحث الثالث: التنازع بين الموصى والورثة بسبب الوصية بأكثر من الثلث وتوقف ذلك على إجازة الورثة، وفيه مطلبان:
٦٩٥	المطلب الأول: إجازة الورثة تنفيذ للوصية أو عطية مبتدأة.
٥٧١	المطلب الثاني: وقت الإجازة والرد.
٥٧٥	الفصل الثاني: التنازع في الحجر، ويشتمل على ثلاثة مباحث:
٦٩٥	المبحث الأول: تعريف الحجر، وحكمه.
٥٨٠	المبحث الثاني: الحجر على المفلس، وتنازع الغرماء، وكيفية تقسيم المال عليهم، ويشتمل على ثلاثة مطالب:
٥٨١	المطلب الأول: تعلق حق الغرماء بعين ماله، ومنعه من التصرف فيه، وبيع ماله عليه.
٥٨٦	المطلب الثاني: إذا وجد بعض الدائنين عين ماله هل له أن يأخذه؟
٥٩١	المطلب الثالث: هل يحل الدين المؤجل بالإفلاس؟
٥٩٤	المبحث الثالث: الحجر على المريض مرض الموت، وتنازع الورثة في تصرفاته، ويشتمل على ثلاثة مطالب:
٥٩٤	المطلب الأول: حكم إبرائه وتبرعه وهبته.
٥٩٤	المطلب الثاني: حكم إقراره بدين على نفسه لغيره.
٥٩٥	المطلب الثالث: حكم عفو المحجور عليه عن القصاص.
٦٠١	الفصل الثالث: التنازع في الشركة، ويشتمل على مبحثين:
٦٠٣	المبحث الأول: تعريف الشركة، وحكمها، وأنواعها.
٦١١	المبحث الثاني: أسباب التنازع في الشركة ووسائل إنقائها، ويشتمل

	على ثلاثة مطالب.
٦١١	المطلب الأول: التنازع بين الشركاء بسبب رأس مال الشركة.
٦١٧	المطلب الثاني: التنازع في الشركة بسبب سوء الإدارة.
٦١٩	المطلب الثالث: تنازع العمال مع الإدارة بسبب عدم أخذ حقوقهم، أو بسبب الإنهاء التعسفي لعقد العمل.
٦٢٥	الفصل الرابع: التنازع في اللقطة واللقيط
٦٢٧	المبحث الأول: تعريف اللقطة ودليها.
٦٢٩	المبحث الثاني: أحكام اللقطة.
٦٣٠	مطلب: هل يكفي الوصف في إثبات اللقطة أو لا بد من البينة؟
٦٣٣	المبحث الثالث: التنازع في اللقطة ووسائل إنهاء هذا التنازع.
٦٣٥	المبحث الرابع: تعريف اللقيط، واشتراط البينة في دعوى نسب اللقيط.
٦٣٨	المبحث الخامس: التنازع في نسب اللقيط ووسائل إنجائه
٦٣٨	المطلب الأول: ادعاء مَنْ التقطه نسبه.
٦٤٠	المطلب الثاني: ادعاء غير مَنْ التقطه نسبه.
٦٤١	الخاتمة
٦٤٩	الفهارس
٦٥١	فهرس الآيات القرآنية
٦٥٨	فهرس الأحاديث القدسية والنبوية والآثار
٦٦٦	فهرس الأعلام
٦٧١	فهرس المراجع
٦٨٤	فهرس الموضوعات

صَلَّى الْجَنَّةِ

الأسلوب الخبري
وأثره في الاستدلال
واستنباط الأحكام الشرعية

تأليف
محمد بن مشيب حبت

١٤٢٩هـ / ٢٠٠٩م

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

طبع بمطبعة العزيز
القاهرة ٤٤٤٤٤٤٤٤

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

www.moswarat.com



دار المحاضرات
للبحث العلمي والترجمة والنشر

76 أش جسر السويس - ميدان الألف مسكن القاهرة

تليفون وفاكس : 02/24931074 (002)

رئيس مجلس الإدارة : 012/7755951 (002)

الإدارة والمبيعات : 012/5027212 (002)

البريد الإلكتروني : MUHADDETHIN@YAHOO.COM